

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL - FACULTÉ DE DROIT

**DU FAUX TÉMOIGNAGE
SPÉCIALEMENT
EN DROIT SUISSE**

THÈSE

**pour l'obtention du grade de Docteur en droit
par**

MUSTAFA ÇELEBI

**Licencié en droit de la Faculté de droit
de l'Université d'Ankara**

IMPRIMERIE H. MESSEILLER, NEUCHÂTEL

1950



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**DU FAUX TÉMOIGNAGE
SPÉCIALEMENT EN DROIT SUISSE**

Le Conseil de la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la présente thèse de Monsieur Mustafa Çelebi, ayant pour titre : *Du faux témoignage, spécialement en droit suisse.*

La Faculté ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, 24 novembre 1949.

Au nom de la Faculté de Droit,

Le Doyen :

P.-R. ROSSET.

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL - FACULTÉ DE DROIT

DU FAUX TÉMOIGNAGE
SPÉCIALEMENT
EN DROIT SUISSE

THÈSE

pour l'obtention du grade de Docteur en droit

par

MUSTAFA ÇELEBI

Licencié en droit de la Faculté de droit
de l'Université d'Ankara

IMPRIMERIE H. MESSEILLER, NEUCHÂTEL

1950



INTRODUCTION

Un procès, qu'il soit civil ou pénal, est un litige dans lequel le ou les intéressés demandent à la justice la reconnaissance d'un droit violé ou l'application de la sanction prévue par la loi en cas d'infraction aux obligations fondamentales des citoyens. Ce litige ayant sa source dans les actes qu'une ou plusieurs personnes ont commis, ou ont refusé d'accomplir, il est évident que le juge auquel on a recours ne pourra se prononcer que s'il est exactement éclairé sur ces actes. Ce sont les preuves qui lui apporteront ces éclaircissements.

Quelque progrès qu'ait accompli la preuve dite scientifique au cours de ces dernières années, le témoignage reste, avec l'écrit et l'aveu¹, le principal et parfois — surtout en matière pénale — le seul moyen de preuve. Alors, la décision du juge repose en majeure partie, sinon exclusivement, sur des déclarations relatives aux faits de la cause. Il n'est pratiquement pas possible de négliger ce moyen de preuve, quelques inconvénients qu'il présente : l'établissement des faits se trouve en effet à la merci d'un oubli, d'une mémoire défectueuse, d'une observation imparfaite, imputable au témoin. Contre tous ces risques, le législateur est impuissant, et leur seul remède est de s'en remettre à l'appréciation du juge. Ce qu'on peut faire en revanche, et tous les législateurs y ont pourvu, c'est de prévoir des mesures contre le témoin qui, sciemment, fait une déclaration qui ne concorde pas avec les faits tels qu'il les connaît et tels que les lui présente sa mémoire. C'est le faux témoignage, auquel de nombreuses études ont déjà été consacrées, et que nous nous proposons d'examiner plus particulièrement à la lumière des dispositions du code pénal suisse (art. 307 à 309).

Cette étude est particulièrement intéressante en droit suisse. En effet, le témoignage, avons-nous dit, est un moyen de

¹ Sur l'aveu, voir Gorphe : *L'appréciation des preuves en justice*, p. 207 sqq.

preuve. Or la preuve relève du droit de forme et en Suisse la procédure est principalement de droit cantonal. Bien que la Confédération ait ses tribunaux propres, le pouvoir de juridiction est réservé essentiellement aux cantons en vertu de l'article 64 bis de la Constitution fédérale, qui leur garantit expressément l'autonomie en matière d'organisation judiciaire, de procédure et d'administration de la justice. Ainsi peut-on prévoir que, selon ce que statuent les diverses lois de procédure, des différences apparaissent, notamment dans les formes dans lesquelles le témoignage doit être reçu.

C'est ainsi qu'à Genève (art. 294, al. 2, CPP), le témoin doit obligatoirement prêter serment, faute de quoi il n'est pas considéré comme tel et son mensonge ne constitue pas un faux témoignage, alors que la plupart des autres cantons ignorent cette exigence ; d'autre part, à Fribourg, l'enfant de moins de quinze ans ne peut être entendu comme témoin (art. 21, ch. 11, CPP), tandis qu'à Neuchâtel seuls sont exclus les enfants de moins de quatorze ans (art. 146 CPP) et que cette limite est même ramenée à douze ans en matière civile (art. 220 CPC), comme à Berne d'ailleurs (art. 244, ch. 1, CPC) ; de même, alors qu'à Neuchâtel le frère de l'accusé est considéré comme témoin s'il accepte de déposer en cette qualité (art. 147-148 CPP), il ne peut être témoin à Genève (art. 290 CPP), où sa qualité lui interdit de prêter serment, condition *sine qua non* pour être témoin. Enfin, de même que certaines procédures exigent le serment préalable de la part du témoin, d'autres, comme le code de procédure pénale neuchâtelois (art. 149), imposent au juge l'obligation de les exhorter à dire la vérité, tandis que certains cantons ignorent l'une et l'autre de ces formalités ; bien mieux, lorsque cette exhortation est prévue, son omission invalide le témoignage dans certains cantons, mais pas dans d'autres, où elle est considérée comme une simple règle d'ordre.

On voit dès lors le problème : Comment organiser la répression du faux témoignage, alors que la notion de témoignage varie d'un canton à l'autre ?

Trois solutions étaient possibles :

1. La première consistait à abandonner entièrement aux cantons le soin de définir et d'incriminer le faux témoignage. Le code pénal, à son article 335, al. 2, leur concède expressément « pouvoir d'édicter des peines pour les contraventions aux prescriptions cantonales d'administration et de procédure ». N'aurait-on pas pu étendre ce respect des particularités du droit cantonal en matière

de procédure au faux témoignage qui relève incontestablement de ce domaine ?

C'eût été oublier que si l'organisation de tout ce qui concerne le témoignage relève bien de la procédure et par conséquent du droit cantonal, le faux témoignage, lui, est un acte qui n'est plus de procédure et dépasse largement les limites de la contravention ; ce n'est pas une simple transgression d'une règle de procédure, et sa commission entraîne des conséquences bien plus graves que le trouble apporté à l'ordre formel d'un procès. La perversité qu'il implique chez son auteur en fait un délit qu'un code soucieux de mener une lutte contre la criminalité se devait de prendre en considération.

2. Dans ces conditions, le législateur fédéral aurait pu songer à fixer lui-même les notions de témoin et de témoignage, pour éviter que l'auteur d'une fausse déclaration en justice ne soit poursuivi ici alors qu'il n'aurait pas été inquiété si le fait s'était produit dans un autre canton. L'égalité de tous devant la loi eût été efficacement sauvegardée par une unification du droit qui aurait abouti à ce que le même acte soit puni, ou reste impuni, sur tout le territoire de la Confédération.

Mais cette solution n'était possible qu'à condition d'imposer aux cantons des règles identiques en matière de procédure pour tout ce qui concerne le témoignage. Or, en présence des dispositions formelles de l'article 64 bis de la constitution fédérale, pareille unification eût été inconstitutionnelle, et la solution devait être rejetée.

3. Restait, comme troisième solution, celle qui consiste à abandonner au droit de procédure le soin de préciser à quelles conditions il y a témoignage, le législateur fédéral se bornant alors à fixer à quelles conditions un témoignage est déclaré punissable à raison de sa fausseté. En d'autres termes et pour reprendre l'expression de M. Garraud¹, le droit pénal institue alors une norme sanctionnatrice. C'est cette solution qu'a adoptée le code pénal, et le Tribunal fédéral l'a relevé en jugeant que le droit cantonal est seul relevant pour décider si la déclaration en justice a le caractère d'un témoignage valable ; dans l'affirmative, l'on examinera, à la lumière des dispositions du code pénal, si le témoignage en question est faux et, par suite, punissable (R O 71.IV.43).

On peut reprocher à cette solution adoptée par le législateur suisse d'offrir l'inconvénient de ne pas placer tous les déposants

¹ *Précis de droit criminel*, p. 3.

en justice sur le même pied : telle personne — un frère de l'accusé, par exemple — pourra faire impunément une fausse déclaration à Genève alors qu'il serait puni ailleurs. C'est choquant. C'était cependant la seule solution constitutionnellement possible, et il faut remarquer que la jurisprudence a limité, fort justement et de façon très logique, les conséquences excessives de la solution adoptée. En effet, si elle reconnaît bien que seul le droit cantonal est déterminant pour statuer un témoignage valable ou non, la Cour de cassation¹ n'admet la nullité du témoignage au regard du droit cantonal que si ce dernier érige cette nullité en cause de recours contre le jugement en cause. Si ce n'est pas le cas, le témoignage est considéré comme valable par le droit pénal, et s'il est faux son auteur peut être puni.

Il n'en reste pas moins que les inégalités de traitement demeurent choquantes si l'on songe au fondement de la répression du faux témoignage. Ici encore plusieurs conceptions étaient en présence :

1. Et d'abord, celle de l'ancien droit, dans lequel le témoin était toujours assermenté. Dans l'ancien droit germanique, et en particulier dans la constitution criminelle de Charles-Quint (1532), on punissait non pas le fait d'avoir menti au juge, mais celui d'avoir prêté un faux serment devant le tribunal, de n'avoir pas respecté l'engagement sacré de dire la vérité. Le serment était alors un acte religieux par lequel le déposant prenait la divinité à témoin de la véracité de sa déclaration. Le faux témoignage étant, par suite, considéré comme un crime contre Dieu, c'était le *parjure* que l'on punissait et non la fausse déclaration en justice.

Cette conception qui a inspiré le droit allemand ne pouvait être retenue en Suisse, tant en raison de la laïcisation du droit qu'en raison du fait que plusieurs procédures cantonales ignorent le serment.

2. A l'opposé, on aurait pu songer à la conception française (art. 361 à 365 CP) qui voit dans le faux témoignage une atteinte portée à des intérêts particuliers et ne le punit que dans la mesure où il leur porte effectivement atteinte, qu'il ait été fait en faveur ou au préjudice de l'accusé. Ainsi, dans cette conception, le faux témoignage reste-t-il impuni s'il a été fait à l'instruction, s'il a été rétracté, s'il n'a eu aucune influence sur le jugement, si le témoignage porte sur des faits peu importants, bref dans tous les cas

¹ ATF 71, IV, 43; JDT 1945, IV, 123; cf. *infra*, p. 25.

où, par la force des choses, il n'a pu ou ne pouvait causer un préjudice à un tiers. Mais c'est oublier que si c'est là une conséquence très fréquente du faux témoignage, ce n'en est nullement une conséquence nécessaire: il est des cas où le faux témoignage ne lèse aucun particulier, mais bien l'Etat, la société tout entière.

3. C'est ce dont s'est souvenu le législateur suisse. Le témoignage, comme nous l'avons rappelé au début de cette introduction, est un moyen de preuve. Dans l'état actuel de la procédure c'est un moyen de première importance, souvent le seul moyen dont on dispose pour établir les faits. Or c'est sur ces faits, tels qu'ils résultent de ces témoignages, que les jugements sont fondés. Falsifier ce moyen de preuve, travestir les faits, c'est fausser tout le fonctionnement de l'appareil judiciaire. Aussi est-ce avec raison que le code pénal suisse a classé le faux témoignage parmi les crimes ou délits contre *l'administration de la justice*. Il importe peu qu'un particulier ait souffert ou non de cet acte, que la fausse déclaration ait été faite à un stade premier de la procédure, qu'elle ait été rétractée par la suite, bien que, dans ce dernier cas, la peine puisse être atténuée. La conception suisse envisage presque la question sous l'angle du respect dû aux tribunaux, le faux témoignage étant puni même s'il n'exerce aucune influence sur la décision du juge. Le bon fonctionnement de la justice est essentiel à la santé de l'Etat et tout justiciable doit y contribuer. Le témoin, en altérant les moyens dont la justice dispose pour s'éclairer, compromet toute la bonne administration et si, en fait, il ne parvient pas à l'égarer, sa tentative de la saboter dénote une intention et un tour d'esprit assez dangereux pour qu'il reste punissable.

Si donc le faux témoignage est une entrave à l'administration de la justice, on peut le définir, du point de vue du droit suisse : une altération intentionnelle de la vérité, faite en justice, sur les faits de la cause, par une personne ayant la qualité formelle de témoin. C'est à tenter de justifier cette définition que nous allons consacrer notre travail.

PREMIÈRE PARTIE

L'incrimination

L'article 307 CPS punit « celui qui, étant témoin... en justice, aura fait une déposition fausse sur les faits de la cause... »¹. Nous allons étudier les différents termes de cette définition, en commençant par l'élément matériel du délit, le « Tatbestand » de la doctrine allemande. Tout d'abord, que signifient les mots « témoin en justice » ? Ce sera l'objet de notre premier chapitre. Un deuxième chapitre sera consacré à la notion de « déposition fausse » à l'altération de la vérité.

Puis nous verrons, dans un troisième chapitre, l'élément intentionnel de cette infraction.

¹ Nous ne parlerons pas de l'expert, du traducteur ou de l'interprète qui aurait fourni un constat ou un rapport faux, le présent travail étant uniquement consacré au faux témoignage. Sur ces questions, voir en particulier : Abensour : *Le faux en expertise comptable*, Paris 1939 ; Weder : *Stellung der Schriftexpertise und des Schriftexperten im Strafprozesse*, Zurich 1944.

CHAPITRE PREMIER

Le témoin en justice

Il y a lieu d'examiner les points suivants :

1. Qu'est-ce qu'un témoin ?
2. Quelles sont ses obligations ?
3. Qu'est-ce que la justice ?

Section I: Le témoin

Quelles sont les personnes qui peuvent revêtir la qualité de témoin ? Comme nous l'avons dit, il ne faut pas chercher la réponse à cette question dans le Code pénal suisse, mais bien dans les lois de procédure (fédérales ou cantonales)¹. Il semble toutefois possible de dégager certaines règles générales.

§ 1. Capacité de discernement.

Le témoignage étant une déclaration relative à l'existence de certains faits passés, il faut évidemment que le témoin soit capable de percevoir ces faits et d'en conserver le souvenir. Aussi celui qui est privé de discernement ne peut-il témoigner.

1. Ne peuvent être témoins les enfants au-dessous d'un certain âge, d'ailleurs très variable d'une législation à l'autre, toujours sensiblement plus bas que celui de la majorité civile, mais géné-

¹ Thormann et von Overbeck : *Das Schweizerische Strafgesetzbuch II*, p. 438; F. Clerc : *Cours élémentaire II*, p. 257; cf. supra, p. 8.

ralement plus élevé que « l'âge de raison »¹. Si l'on peut parler d'absence de discernement lorsqu'il s'agit de nourrissons, il n'en est plus ainsi pour des enfants plus âgés, parfaitement capables d'observer certains faits et de s'en rappeler. Mais on a voulu éviter le témoignage d'êtres trop jeunes, plus accessibles que les adultes à la crainte, à l'intimidation ou à la suggestion, plus enclins à confondre imagination et réalité, trop peu aptes à distinguer le vrai du faux.

« Il paraît naturel, observe Gorphe², d'exclure le témoignage de toute personne hors d'état d'en comprendre l'importance et de dire la vérité... Mais il n'est pas nécessaire que ce soit formulé par la loi. Il est évident que n'est pas en état de déposer un individu ivre ou qui l'était au moment des faits, ni un dément ni un idiot, ni un enfant en bas âge. Mais ni pour les uns ni pour les autres on ne peut poser de limite fixe : comme on l'admet dans notre droit (*français*), c'est une question d'espèce.

La question a été particulièrement discutée pour les enfants et elle a été diversement résolue suivant les pays. On conçoit qu'il y ait un âge minimum, mais il est bien arbitraire de le fixer *a priori* ; il varie avec le développement intellectuel de chaque enfant. Aux Etats-Unis, il est de règle que les enfants soient exclus invariablement jusqu'à sept ans, et qu'entre sept et quatorze ans ils puissent seulement l'être s'ils ne paraissent pas assez intelligents pour témoigner. En Angleterre, l'enfant est généralement considéré comme étant trop jeune à cinq ans ; mais c'est au juge de décider, dans chaque cas, après observation de l'enfant, s'il est capable ou non de comprendre les faits sur lesquels il est appelé à déposer ; il est aujourd'hui admis, pour les enfants comme pour les aliénés, que la capacité de témoigner dépend du degré d'intelligence du témoin, non de son âge. »

Il paraît en effet raisonnable de ne pas fixer une limite stricte, mais de laisser au juge le pouvoir de décider si, et dans quelles conditions, les jeunes enfants peuvent être entendus. Telle est la tendance actuelle.

C'est ainsi que la procédure civile fédérale du 22 novembre 1850 déclarait incapables de déposer les enfants de moins de quatorze ans (art. 132), tandis que la loi révisée du 4 décembre 1947 ne contient aucune disposition à ce sujet, laissant ainsi au juge la plus large liberté d'appréciation. La loi fédérale sur la pro-

¹ Fixé traditionnellement à 7 ans révolus.

² *L'appréciation des preuves en justice*, p. 400.

cédure pénale du 15 juin 1934 avait déjà adopté la même solution.

En droit neuchâtelois, l'article 220 CPC charge le juge instructeur de décider si les enfants de moins de douze ans seront admis à déposer. Le CPP neuchâtelois (art. 146) est plus clair et plus complet ; il donne au juge d'utiles indications dont les magistrats des autres cantons pourront aussi s'inspirer. Après avoir établi le principe que les enfants de moins de quatorze ans ne peuvent être entendus comme témoins, il ajoute :

« Toutefois si les renseignements que peuvent fournir ces personnes sont absolument indispensables et qu'elles peuvent les fournir sans inconvénient d'aucune sorte pour elles-mêmes, le juge pourra procéder à leur audition ou en charger une personne habile à interroger les anormaux »¹.

Remarquons encore que les lois qui connaissent le serment fixent une limite d'âge plus élevée pour l'accomplissement de cet acte : en général, les enfants de moins de dix-huit ans ne peuvent être assermentés². Ainsi les mineurs de dix-huit ans peuvent commettre le crime de faux témoignage, mais la circonstance aggravante de l'article 307, al. 2, CPS ne leur sera jamais applicable.

2. Ce que nous avons dit des enfants s'applique également aux personnes atteintes de maladie mentale³. Si elles sont *entièrement* privées de discernement, elles ne peuvent évidemment être entendues comme témoins, mais si cette privation n'est que partielle, elles sont soumises aux mêmes règles que les enfants de moins de douze à quatorze ans.

Nous aurons l'occasion d'analyser⁴ un intéressant arrêt de la Cour suprême du canton de Berne, qui ordonne une expertise psychiatrique pour établir dans quelle mesure le témoignage d'un anormal pourrait être pris en considération.

§ 2. Assermentation.

En droit français, le *serment* est une condition essentielle du témoignage. Celui qui n'a pas prêté serment n'a pas droit au titre de témoin ; il est entendu « à titre de renseignements »⁵.

¹ Dans le même sens : Fribourg, art. 21, ch. 11, CPP (la limite d'âge est de 15 ans).

² Cf. art. 86 PPF ; Neuchâtel, art. 221 CPC et 151 CPP ; Genève, art. 122 et 295 CPP.

³ Voir par exemple Neuchâtel, art. 146, ch. 1, CPP et art. 220 CPC.

⁴ *Infra*, p. 80.

⁵ Art. 75 CICEF. Voir Ducros : *Du serment en droit pénal*, p. 38 ; Gagnebè : *Du faux témoignage*, p. 28 à 30.

Inversement, toute personne qui a été assermentée est un témoin, même si en réalité elle était incapable de prêter serment¹.

Dès lors la forme dans laquelle l'intéressé a été entendu est déterminante, ce qui revient à dire que le serment est un *acte formel*.

Mais une question se pose : si les personnes entendues « à titre de renseignements » ne sont pas des témoins, peuvent-elles commettre le crime de faux témoignage ? Le droit français ne l'admet pas. Cette solution est logique dès l'instant où l'on considère qu'il n'y a témoignage que s'il y a serment. Mais elle a été critiquée avec raison par les auteurs². En effet, le droit français admet le principe de la libre appréciation des preuves. Et une déclaration donnée « à titre de renseignements » peut entraîner la conviction des juges (et des jurés surtout) tout aussi bien qu'un témoignage en bonne et due forme³.

En Suisse, le droit fédéral et la plupart des Codes des cantons ont abandonné la distinction entre le témoignage et le simple renseignement. Elle est cependant conservée dans le canton de Genève⁴. En droit genevois les personnes qui ne prêtent pas serment et qui, par conséquent, n'ont pas la qualité de témoin sont :

a) les proches de l'accusé (parents et alliés en ligne directe, frères et sœurs, beaux-frères et belles-sœurs, conjoint même divorcé, parents et enfants adoptifs) ;

b) la partie civile dans un procès pénal⁵ ;

c) les mineurs de dix-huit ans (en matière pénale) ou de seize ans (en matière civile)⁶.

En droit français, les personnes qui sont privées de leurs droits civils et celles qui n'ont pas été citées régulièrement⁷ sont également entendues à titre de renseignements. Mais ces règles n'ont pas été reçues à Genève. Ainsi la privation des droits civils

¹ Farcet : *Du faux témoignage*, p. 62-63.

² Gagnebé, op. cit., p. 31; Farcet, op. cit., p. 62.

³ Carnot cité par Gagnebé, op. cit., p. 29-30.

⁴ Art. 122, al. 2, 290, 291, 295 CPP; art. 225 et 226 CPC. Il en est de même en Valais (CPP de 1848, art. 210 à 214).

⁵ Cf. cependant infra, p. 26.

⁶ Toutefois les art. 295 CPP et 224 CPC, qui dispensent du serment les mineurs de 18 ou de 16 ans, ne leur enlèvent pas expressément le titre de témoin.

⁷ Notamment celles qui sont entendues en vertu des pouvoirs discrétionnaires du président du tribunal (Goyet : *Droit pénal spécial*, p. 456).

ques n'entraîne pas déchéance de la faculté de témoigner en justice.

Mais les personnes qui, en vertu du droit de procédure (cantonal), ne sont pas des témoins, échappent-elles aux peines dont la loi fédérale menace le faux témoignage? La deuxième commission d'experts s'était penchée sur le problème¹; M. Reichel, appuyé par M. Thormann, voulait mentionner expressément les « Auskunftspersonen » pour éviter toute difficulté. Mais M. Zürcher répondit que si on voulait les citer, ce serait pour les distinguer des témoins, et que d'ailleurs ils n'étaient connus que dans un petit nombre de cantons. Et la proposition Reichel fut écartée.

Cette discussion ne jette guère de lumière sur le problème. Il semble que, dans l'idée des experts, les personnes entendues à titre de renseignements devaient être assimilées aux témoins au cas où le texte légal ne contiendrait pas de disposition spéciale à leur égard. Cette solution serait conforme aux intérêts supérieurs de la justice, car un « renseignement » peut, aussi bien qu'un témoignage, entraîner la conviction du juge². Et de plus, il est regrettable que les proches parents puissent mentir impunément à Genève, alors qu'ils seraient punis à Neuchâtel. Et s'il est vrai que celui qui ment pour sauver un de ses proches mérite une certaine indulgence, le législateur en a tenu compte à l'article 308, al. 2, CPS³.

Mais d'autre part, la loi est formelle. L'article 307 parle de celui qui, *étant témoin*, fait une fausse déposition. Il n'est pas admissible d'appliquer ce texte à celui à qui la loi de procédure applicable refuse expressément cette qualité. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral⁴, c'est cette loi qui est déterminante. Toute autre interprétation serait contraire à l'article premier CPS⁵.

Il s'agit donc d'un cas où l'unification du droit pénal n'était pas possible tant que la procédure reste cantonale⁶.

§ 3. Conscience de la qualité de témoin.

Ne peut être puni pour faux témoignage que celui qui a eu conscience de sa qualité de témoin. Il s'agit là, semble-t-il au premier abord, d'une pure question de fait, d'analyse psychologique, qui pourrait dès lors recevoir une solution tout à fait générale.

¹ Procès-verbal de la 2me Commission d'experts, vol. V, p. 287 sqq.

² Cf. supra, p. 18.

³ Cf. infra, p. 92.

⁴ ATF 71, IV, 43 = JDT 1945, IV, 123.

⁵ « Nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte *expressément* réprimé par la loi. »

⁶ Cf. Fr. Clerc : *Cours élémentaire II*, p. 258, et supra, p. 10.

Mais certaines législations ont jugé prudent d'entourer l'audition du témoin de certaines formes, destinées à mieux lui faire comprendre l'importance de la mission qu'il est appelé à remplir, de sorte qu'il convient de faire certaines distinctions :

1. Lorsque la loi ne prévoit aucune formalité spéciale, telle qu'une exhortation à déposer selon la vérité ou une prestation de serment, on peut considérer que l'individu appelé à déposer comme témoin aura conscience de cette qualité par le fait qu'il aura reçu une citation. On peut même aller jusqu'à soutenir que cette condition est superflue : la comparution devant un magistrat, les questions posées, l'appareil de la justice suffiront à faire comprendre à toute personne (même d'une intelligence au-dessous de la moyenne) le rôle qu'elle est appelée à jouer. D'ailleurs chacun est plus ou moins instruit des choses judiciaires par la presse, les spectacles, sans compter l'instruction civique élémentaire. Et nous pouvons donc dire que le témoin qui n'a pas reçu de citation en bonne et due forme, mais qui est entendu, par exemple, en vertu d'une décision que le président du tribunal a prise à l'audience même, en vertu de ses pouvoirs discrétionnaires¹, a néanmoins connaissance de sa qualité de témoin et peut encourir les peines du faux témoignage.

Il va sans dire que cette présomption n'est pas absolue. Il peut arriver que, bien que cité formellement en qualité de témoin, l'intéressé puisse penser, de bonne foi, que sa situation réelle est autre.

C'est ainsi que les juges d'instruction citent parfois comme témoins certaines personnes qu'ils soupçonnent d'avoir commis un délit, quitte à les inculper ensuite si leurs explications ne paraissent pas satisfaisantes. Dans ce cas, la personne interrogée se rend bien compte qu'elle n'est pas appelée à titre de collaborateur de la justice, mais qu'elle est personnellement et directement intéressée. Et si elle essaye d'égarer la justice pour se soustraire à une condamnation, elle commet certainement un acte répréhensible, mais non pas un faux témoignage. C'est à bon droit que la Cour de cassation vaudoise² a soustrait « à la sanction de faux témoignage celui qui, quoique formellement entendu comme témoin, n'a pas conscience d'être entendu comme tel et se croit exposé à une inculpation, spécialement lorsque les questions posées lui paraissent de nature à le mettre personnellement en cause,

¹ Neuchâtel, art. 207 CPP.

² Arrêt du 11.3.47, BJP 1948, p. 52.

et qu'en fait, il a été inculpé par la suite ». Dans ce cas, le témoin s'est cru inculpé ; il l'était d'ailleurs virtuellement, il n'avait pas conscience de déposer en qualité de témoin.

La même solution a été adoptée par le Tribunal supérieur du canton d'Argovie¹ : « Au point de vue *formel*, l'accusé a incontestablement été entendu comme témoin... Mais au point de vue *matériel*, il se trouvait dans la situation d'un accusé ».

Remarquons que le « témoin » avait été dûment exhorté à dire la vérité. Cette exhortation qui, en règle générale, suffit à donner conscience de la qualité de témoin², est ici inopérante. Elle ne peut l'emporter sur le fait que l'intéressé a conscience de n'être pas un auxiliaire de la justice, mais un suspect et peut-être bientôt un accusé. Cette considération resterait valable même s'il avait été assermenté. C'est ici que le fond doit l'emporter sur la forme.

Telle n'est pas l'opinion de la jurisprudence française, qui considère exclusivement l'aspect formel du témoignage, soit le serment. « Par cela seul, dit la Cour de cassation³, que le prévenu a pris la Divinité à témoin de ses paroles et de sa déposition, il ne peut être dispensé par aucune considération personnelle de remplir les devoirs sacrés que ce serment lui impose ».

Mais la doctrine française n'admet pas cette théorie. Elle considère que le témoignage ne peut s'entendre que des dépositions faites *en la cause d'autrui* et que le parjure doit être distingué du faux témoignage⁴.

2. Les considérations qui précèdent ne sont d'ailleurs valables que lorsque le témoin est interrogé par un tribunal ou un magistrat judiciaire, dans des circonstances qui doivent nécessairement attirer son attention sur le rôle qu'il est appelé à jouer et son obligation de parler conformément à la vérité. Il en va autrement dans la procédure administrative où, comme nous le verrons⁵, l'absence de formalité est poussée souvent si loin qu'il est difficile à la personne interrogée de se rendre compte du rôle qu'elle joue dans la procédure. Aussi est-ce à juste titre que les tribunaux, déjà opposés par principe à considérer de pareilles

¹ Aargauische Gerichtsentscheide in Verwaltungssachen, 1947, No 12, p. 63, résumé dans la RSJ, année 1947, No 189, p. 366.

² Cf. *infra*, p. 22.

³ Arrêt du 27.8.1824 cité par Gagnebé, *op. cit.*, p. 34, confirmé par plusieurs arrêts récents.

⁴ Gagnebé, *op. cit.*, p. 32 ; Farcet, *op. cit.*, p. 67.

⁵ *Infra*, p. 47 sqq.

dépositions comme des témoignages¹, ne punissent pas les fausses déclarations faites en pareil cas².

Il est évident qu'il ne peut y avoir dans ce domaine que des solutions d'espèces. En matière administrative, on ne peut parler de faux témoignage que s'il a été clairement signifié à l'intéressé qu'il s'agit d'une enquête, qu'elle aboutira à une décision, et que sa déposition sera prise en considération par l'autorité chargée de statuer.

La même prudence est nécessaire lorsqu'une personne est interrogée dans une enquête judiciaire, mais par un fonctionnaire de police et non par un magistrat. Nous nous demanderons plus loin³ si de tels interrogatoires font partie de la procédure judiciaire, ou si le fonctionnaire « avait qualité pour recevoir des témoignages » conformément à l'article 309 CPS. Mais ici il s'agit d'autre chose : Même si, au point de vue objectif, l'interrogatoire rentre dans le cadre des articles 307 ou 309, il faut encore se demander si, subjectivement, la personne interrogée avait conscience de sa qualité de témoin. Nous pensons que ce sera rarement le cas. Si l'on peut présumer que la personne interrogée par un magistrat a su à quoi s'en tenir, la présomption contraire doit être admise ici.

En droit français, la question ne se pose pas, puisque seules les déclarations faites *aux débats* peuvent constituer des témoignages⁴.

3. Certaines lois de procédure ont voulu que la personne appelée à déposer n'ait aucun doute sur sa qualité de témoin et sur les devoirs qui en découlent. Aussi ont-elles imposé aux magistrats l'obligation, soit d'adresser une exhortation au témoin, avant sa déposition⁵, soit de lui faire prêter un serment dont les termes varient d'une loi à l'autre, mais par lequel le témoin s'engage toujours à dire la vérité⁶. Il est évident que le magistrat a toujours la faculté d'exhorter le témoin ; même dans le silence de la loi, il le fera dans certaines circonstances, par exemple pour mettre en face de ses responsabilités un témoin dont les déclarations ont été jusqu'alors hésitantes ou suspectes. Mais nous parlons ici du

¹ Infra, p. 47 sqq.

² Tribunal d'accusation vaudois, 21.2.48; RPS 1948, II, p. 245.

³ Infra, p. 46.

⁴ Gagnebé, op. cit., p. 51; Farcet, op. cit., p. 97.

⁵ Cf. par exemple Neuchâtel, art. 149 CPP. Sur l'importance de cette exhortation, cf. Suter : *Die Stellung des Zeugen im Bundesstrafprozess*, p. 96.

⁶ Cf. par exemple Genève, CPP, art. 122, al. 2, et 242, al. 2.

cas où la loi en fait au juge l'obligation, de sorte qu'il s'agit d'une véritable *formalité*.

Le témoin qui a été ainsi exhorté ou assermenté a toujours¹ conscience de sa qualité puisque, aux raisons psychologiques que nous venons d'examiner, s'ajoute un avertissement formel de la part du magistrat.

Que décider si le juge a oublié de procéder à cette formalité ? On peut soutenir qu'il serait exagéré d'attacher une trop grande importance à un rite de pure forme, que cette formalité ne prend toute sa signification que si le juge l'accomplit avec la solennité qui convient, tandis qu'elle n'a aucune importance s'il y procède machinalement, comme pour se débarrasser d'une corvée ennuyeuse². Nous avons déjà vu que même s'il n'est pas exhorté ou assermenté, l'intéressé a généralement connaissance de sa qualité de témoin. Dès lors, une fausse déclaration de sa part doit constituer un faux témoignage.

A quoi on peut répondre que l'exhortation du juge ou le serment du témoin étant une condition nécessaire du témoignage, il n'y a ni témoignage, ni témoin si elle a été omise, et par conséquent il ne saurait y avoir faux témoignage ! On peut dire encore que la solution contraire dégraderait au rang de simple mesure d'ordre le serment et l'exhortation, dont le législateur compétent a entendu faire une condition essentielle du témoignage.

C'est à cette dernière solution que s'est ralliée, de manière générale, la jurisprudence, en y apportant toutefois certains tempéraments.

Certains tribunaux s'étaient montrés fort stricts en la matière. Selon la jurisprudence zuricoise, « non seulement l'omission complète de tout avertissement, mais même l'insuffisante exhortation à dire la vérité exclut l'existence du témoignage valable et, par là, toute punition pour faux témoignage »³.

De même le Tribunal criminel argovien avait jugé que, « même sous l'empire du Code pénal suisse, la fausse déposition d'un témoin ne peut être réprimée que si, en conformité de la procédure cantonale, le témoin a été exhorté à dire la vérité, si son attention a été attirée sur les conséquences pénales du faux témoi-

¹ Sous réserve du cas où bien qu'entendu en qualité de témoin, l'intéressé se trouvait en réalité dans la situation d'un accusé. Cf. p. 20 et 21 ci-dessus.

² Cf. Ufenast, op. cit., p. 25.

³ Cf. Ufenast, op. cit., p. 25-26.

gnage, et s'il a été informé des cas dans lesquels il peut refuser de déposer »¹.

Quant au Tribunal fédéral, il s'est prononcé à ce sujet dans deux arrêts du 3 décembre 1943 (affaire Guinand)² et du 23 février 1945 (affaire Imhof)³.

a) Il constate tout d'abord⁴ que si l'article 306 CPS, relatif à la fausse déclaration d'une partie dans un procès civil, exige que l'intéressé ait été « expressément invité par le juge à dire la vérité et rendu attentif aux suites pénales », l'article 307 ne prévoit rien de semblable, que cette divergence a été voulue par le législateur et ne constitue pas une lacune de la loi.

S'agit-il d'un silence qualifié et peut-on en conclure que le code pénal suisse punit le faux témoignage dans tous les cas, même en l'absence d'exhortation formelle ? Non, car le législateur fédéral « n'a pas cru devoir empiéter... sur le droit cantonal de procédure » ; en conséquence, les formalités qui peuvent entourer le témoignage, ainsi que la portée de leur omission, demeurent dans la compétence des cantons.

b) L'arrêt Imhof apporte une précision intéressante : il n'est pas nécessaire que le droit cantonal prévoit *expressément* la nullité d'une déposition lorsque les formes légales n'ont pas été observées. La nullité peut « résulter par voie d'interprétation, soit des termes des prescriptions cantonales ou de leur genèse, soit de leur rapport avec d'autres dispositions ou de l'esprit de la loi dans son ensemble ».

c) Il résulte de l'article 269 PPF qu'on ne peut recourir au Tribunal fédéral pour le motif que l'autorité cantonale aurait mal interprété les dispositions du droit cantonal, « ce que décide en réalité le droit cantonal, c'est la dernière juridiction cantonale qui le dira, la cour de cassation du TF sera liée à cet égard » (arrêt Imhof).

L'arrêt Guinand n'aborde pas cette question et se borne à constater que « le code de procédure pénale du canton de Neuchâtel⁵ ne prévoit pas la nullité du faux témoignage en cas d'inobservation des formalités légales ».

¹ Arrêt du 23.12.44. BJP 1946, p. 23.

² ATF 69, IV, 211; JDT 1944, IV, 48.

³ ATF 71, IV, 43; JDT 1945, IV, 123.

⁴ Arrêt Guinand (ATF 69, IV, 211).

⁵ Il s'agit du code de 1893, actuellement remplacé par celui de 1945.

d) Toutefois l'arrêt Imhof exige que l'autorité cantonale se soit inspirée « d'une juste notion fédérale de la déposition nulle ». Le Tribunal fédéral explique qu'une déposition ne peut être considérée comme nulle que si cette nullité permettait de recourir auprès d'une juridiction cantonale supérieure, contre le jugement d'un tribunal inférieur qui en aurait fait état (il s'agit d'un jugement rendu dans le procès où le témoin a été entendu et qui aurait considéré cette déposition comme un moyen de preuve valable, malgré les irrégularités dont elle était entachée).

Si tel n'est pas le cas, le Tribunal fédéral estime que l'exhortation n'était qu'une simple mesure d'ordre et cela même si le droit cantonal la considère (expressément ou tacitement) comme une condition de validité¹.

Cette notion fédérale de la déposition nulle étonne au premier abord et paraît en contradiction avec le texte de la loi, qui punit celui qui, « étant témoin », a fait une fausse déposition. Il appartient donc, semble-t-il, au droit de procédure (soit au droit cantonal si l'affaire est jugée par un tribunal d'un canton), de dire si l'intéressé était « témoin » ou non. Il n'y aurait pas place pour une « notion fédérale ».

Mais lorsque, en fait, le juge a la possibilité de tenir compte d'une déposition, sans avoir à craindre d'être désavoué par l'autorité supérieure, il n'est pas logique de dire que cette déposition était nulle ! Le Tribunal fédéral constate d'ailleurs que « la tentation peut être forte, pour le juge de première instance, d'utiliser un témoignage », malgré les vices de forme qu'il peut présenter.

Ainsi l'interprétation du Tribunal fédéral, bien que hardie, est sage et corrige dans une certaine mesure les inconvénients qui pourraient résulter d'une application trop stricte de la loi de procédure.

Dans le cas où l'exhortation (ou l'assermentation) du témoin n'était qu'une simple mesure d'ordre, son omission n'entraîne pas la nullité du témoignage. Il faudra encore rechercher si l'intéressé a néanmoins eu conscience de sa qualité de témoin, en s'inspirant des principes que nous avons examinés sous chiffre 1². Il y aura donc lieu de voir si, malgré l'absence d'exhortation ou de serment, le témoin « n'a pas eu, néanmoins... conscience du fait qu'interrogé comme témoin il devait dire la vérité »³. On se

1 Arrêt Imhof, in fine (ATF 71, IV, 43; JDT 1945, IV, 123).

2 Supra, p. 20 et 21.

3 Arrêt Guinand, cons. 2 in fine (ATF 69, IV, 211).

demandera s'il existe ou non un rapport de causalité entre l'informalité commise et la fausse déposition, si le témoin aurait menti même s'il avait été exhorté ou assermenté. S'agissant d'un avocat, le Tribunal fédéral déclare à juste titre que la réponse ne saurait faire de doute¹. M. Ufenast cite aussi le cas d'un médecin légiste, qui présente chaque année des douzaines de rapports au tribunal².

Il en serait de même pour un fonctionnaire de la police.

Pour le cas où les formalités prévues par la loi de procédure n'étaient que de simples mesures d'ordre, dont l'omission n'entraînerait pas la nullité de la déposition selon le droit de procédure, nous pouvons conclure avec M. Ufenast³ que « le fait qu'il n'a pas été exhorté à dire la vérité ne doit pas toujours et en toute circonstance permettre au faux témoin d'échapper à la punition ; il ne doit pas y échapper lorsque les circonstances de la cause imposent indiscutablement la conclusion que l'exhortation n'était qu'une injonction de pure forme et que son omission n'a pu, en aucun cas, être la cause du faux témoignage ».

§ 4. Parties au procès.

Enfin les parties au procès ne peuvent pas être simultanément témoins.

1. En matière civile, ce principe résulte à contrario de l'article 306 CPS, qui punit la fausse déclaration d'une partie en justice et qui en fait un délit spécial, distinct du faux témoignage, soumis à des conditions différentes et plus strictes et puni moins sévèrement.

2. Doit-on appliquer les mêmes règles à la partie civile dans un procès pénal ? L'article 306 ne résout pas la question, car il ne s'applique qu'aux « procès civils ». Mais lorsque l'action civile et l'action pénale sont instruites dans une seule et même procédure, c'est qu'elles portent sur les mêmes faits. Il en résulte qu'une fausse déclaration de la partie civile peut avoir des effets beaucoup plus graves que dans le cas prévu à l'article 306 : elle peut entraîner, non seulement un faux jugement sur la question des réparations civiles, mais encore la condamnation d'un innocent.

Enfin, il n'y a pas de raison de traiter plus favorablement le lésé qui s'est porté partie civile que celui qui fait valoir ses droits

¹ ATF 69, IV, 211; JDT 1944, IV, 48.

² Op. cit., p. 26.

³ Ibidem.

dans une procédure séparée (peut-être parce que la loi de procédure applicable ne connaît pas l'institution de la partie civile).

Nous inclinierions donc à appliquer l'article 307 à celui qui, bien qu'étant partie au procès en ce qui concerne sa réclamation civile, aurait été entendu comme témoin pour l'affaire pénale¹. C'est donc, en dernière analyse, la loi de procédure qui est déterminante². Il faudra cependant examiner avec un soin tout particulier s'il a eu conscience de sa qualité.

3. Enfin les dispositions de l'article 307 ne seront jamais applicables à l'accusé dans un procès pénal³. « Selon notre conception du droit, il va de soi que l'accusé dans un procès pénal ne saurait être témoin »⁴.

Ce principe est aujourd'hui bien établi et coupe court à une controverse traditionnelle à l'époque où l'on pouvait être témoin dans sa propre cause.

Si l'on songe que le témoignage est un moyen de preuves, qu'il a pour but de vérifier les déclarations de l'accusé, on admettra sans difficulté qu'il est absurde de parler du témoignage de l'accusé. « Les déclarations de l'accusé n'ont pas la valeur d'une preuve ; son aveu même peut être contrôlé par le juge, qui peut en faire abstraction »⁵. Si l'article 306 CPS punit la partie qui fait de fausses déclarations dans un procès civil, il n'existe aucune disposition analogue relative à l'accusé ; cette différence est certainement voulue et il serait contraire à l'esprit de la loi d'appliquer les règles du faux témoignage.

« Le silence est donc un droit sacré, absolu, pour l'accusé »⁶. S'il est excessif de lui reconnaître le droit de mentir, du moins ce mensonge ne constitue pas un délit. Le code permet d'ailleurs au juge de tenir compte des dénégations mensongères de l'accusé, qui risque une condamnation plus sévère, mais toujours dans les

¹ Telle semble être l'opinion de Zürcher, procès-verbal de la 2me Commission d'experts, vol. V, p. 270.

² Suter (op. cit., p. 19) et Stalder (*Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht im bernischen Strafverfahren*, p. 32) estiment que la partie civile ne peut jamais être témoin. Mais ces auteurs ne visent que certaines lois spéciales, d'après lesquelles la partie civile ne peut jamais être entendue comme témoin. Leur opinion ne vaut donc pas pour d'autres lois basées sur des principes différents.

³ Arrêt de la Cour de cassation vaudoise, BJP 1948, p. 52.

⁴ Stooss, cité par Ufenast, op. cit., p. 27.

⁵ F. Clerc : *Cours élémentaire*, tome 2, page 254.

⁶ Graven : *L'obligation de parler en justice*, dans *Droit et vérité*, p. 126. Voir d'ailleurs tout cet article sur l'ensemble de la question et l'obligation de parler en général.

limites de la peine prévue pour le délit dont il a à répondre. Dans certains cas, le juge pourra encore refuser de déduire la détention préventive¹, peut-être même refuser le sursis². Toutes ces conséquences sont assez lourdes sans qu'on y ajoute encore une peine spéciale pour faux témoignage !

Une question plus délicate est celle des coïnculpés. Il va de soi qu'aucun d'eux ne pourra être entendu comme témoin au sujet de faits commis par l'autre, s'ils sont poursuivis comme coauteurs du même délit.

Mais que décider s'ils ne sont pas poursuivis au même titre (par exemple l'un comme auteur principal, l'autre comme complice) ou lorsque l'un d'eux a accompli seul certains actes (par exemple, les actes préparatoires) ? Celui qui n'a pas participé personnellement à certains actes constitutifs du délit peut-il être entendu comme témoin sur ces actes, qui sont l'œuvre d'un coïnculpé ?

Cette théorie obligerait le juge à établir des distinctions subtiles et qui ne seraient pas exemptes d'arbitraire. A notre avis, le rapport le plus lointain entre les faits sur lesquels un inculpé serait interrogé et ceux dont il est appelé à répondre suffit à exclure tout témoignage de sa part. Nous pensons d'ailleurs avec M. Ufenast³ que c'est le rôle joué par l'intéressé dans la procédure qui est déterminant : un inculpé est et reste un inculpé. Les lois de procédure distinguent nettement l'interrogatoire de l'inculpé et l'audition des témoins, elles expriment la volonté du législateur de n'attribuer à une personne que l'une ou l'autre de ces qualités. Au surplus l'inculpé défend sinon sa vie, du moins sa liberté et son honneur ; on ne saurait exiger de lui la sérénité qui convient à un témoin. Il ne saurait être entendu qu'à titre d'inculpé. Peu importe d'ailleurs qu'il ait avoué⁴ ; l'aveu n'est pas un acquiescement, il ne met pas fin au procès et, même si le juge n'en met pas en doute la véracité, il reste encore à déterminer la peine applicable !

M. Ufenast⁵ fait une exception pour le cas où l'accusé qui a avoué a déjà été définitivement condamné, tandis que le procès continue en instance supérieure contre les coïnculpés qui nient ;

¹ Art. 69 CPS.

² Art. 41 CPS ; cf. ATF 73, IV, 75 ; JDT 1947, IV, 66.

³ Op. cit., p. 27.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

il considère que l'intéressé n'ayant plus la qualité d'inculpé, rien ne s'oppose dès lors à ce qu'il soit entendu comme témoin.

D'autres auteurs étendent ce principe à tous les cas où l'un des coauteurs a déjà été définitivement condamné, tandis que d'autres sont traduits en justice¹, par exemple parce qu'ils n'ont pu être découverts qu'après coup, parce qu'ils ressortissent à une autre juridiction du fait de leur âge², etc. Celui qui a déjà été définitivement condamné, disent-ils, n'a plus d'intérêt personnel et direct dans la cause, il peut parler sans craindre de s'accuser lui-même.

Cependant le témoin ne répondra que s'il le veut bien, car il n'est pas tenu de le faire. Il est vrai qu'en général, et sous réserve de la revision pour faits nouveaux, il ne s'exposera pas à une poursuite pénale, puisque cette poursuite a déjà eu lieu et a abouti à une condamnation définitive. Mais il s'agit de questions qui touchent de près à l'honneur du témoin³. Car il est déshonorant pour lui, qui n'a plus rien à risquer, de venir charger ses collaborateurs. On ne peut lui imposer l'obligation de le faire.

Au contraire, celui qui n'a pas encore été définitivement condamné ne peut, en aucun cas, avoir la qualité de témoin. Peu importe que, pour des raisons formelles, il ne soit pas partie au procès en cours et doive être jugé ultérieurement, car sa déposition pourra être utilisée plus tard contre lui. Dans l'hypothèse où il aurait néanmoins été cité à titre de témoin, il pourra refuser de parler sans encourir les sanctions prévues par la loi de procédure. S'il parle, il ne peut être condamné pour faux témoignage.

Section II: Les obligations du témoin

Toute personne appelée à fonctionner comme témoin doit en principe :

- a) se présenter au lieu et à l'heure indiqués par la citation ;
- b) répondre aux questions qui lui sont posées ; c) répondre conformément à la vérité.

Il importe de distinguer soigneusement ces diverses obligations,

¹ Stalder, op. cit., p. 31.

² Art. 83 sqq., 89 sqq. CPS. La plupart des cantons renvoient les mineurs devant une autorité spéciale : Chambre pénale de l'enfance, Autorité tutélaire, etc.

³ Cf. infra, p. 36.

car la dernière est absolue et ne souffre aucune exception, ce qui n'est pas le cas des deux premières : certaines personnes ont le droit de ne pas répondre¹. D'autre part, les sanctions prévues ne sont pas les mêmes.

§ 1. *L'obligation de parler.*

Comme nous l'avons dit, l'obligation de dire la vérité est absolue. C'est un devoir qui s'impose dans toutes les relations juridiques et sociales², mais qui est particulièrement impérieux lorsqu'il s'agit de déposer en justice et qui, dans ce cas, est sanctionné par le droit pénal. Un témoin n'a jamais le droit de mentir.

L'article 308, al. 2, CPS, qui prévoit le cas de celui qui aura fait une déclaration fausse parce que, en disant la vérité, il se serait exposé ou aurait exposé l'un de ses proches à une poursuite pénale³, ne fait pas exception à ce principe. Il établit simplement une circonstance atténuante, nullement un fait justificatif, et la fausse déposition, même dans ce cas, reste un délit⁴.

On conçoit que le témoin puisse se trouver dans une situation embarrassante, s'il ne peut dire la vérité sans exposer un proche parent au mépris public ou même à des poursuites pénales, ou sans trahir un secret qui lui a été confié de par sa profession. Il se trouve en proie à un conflit dont il ne peut sortir qu'en sacrifiant l'un ou l'autre de ces devoirs, tous deux aussi respectables.

Aussi le législateur a-t-il prévu le cas et autorise-t-il certaines personnes, non pas à mentir, mais à refuser de répondre. Ce sont de nouveau les lois de procédure qu'il y aura lieu de consulter pour connaître les personnes qui peuvent refuser de témoigner, non pas le CPS⁵.

Il s'agit en général des catégories de personnes suivantes :

1. Celles qui sont tenues au secret professionnel. L'article 321 CPS, qui punit la violation du secret professionnel, n'est toutefois pas applicable, car il réserve expressément (al. 3) les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de témoigner en justice.

¹ Cf. Stalder, op. cit., p. 40.

² Guldener : *Das schweizerische Zivilprozessrecht*, t. I, p. 299.

³ Voir Yung : *La vérité et le mensonge dans le droit privé*, dans *Droit et vérité*, p. 5 et 55.

⁴ Voir infra, p. 92 sqq.

⁵ Thormann et von Overbeck : note 17, ad art. 321.

Toutes les lois de procédure, ou peu s'en faut, dispensent le témoin lié par le secret professionnel de l'obligation de parler¹. Elles le font parfois par une clause générale², de sorte qu'on pourra se référer à l'énumération de l'article 321 CPS. Seront dès lors dispensés de témoigner les « ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du Code des obligations³, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires », de même que les étudiants. Les personnes à qui il est interdit, sous la menace de sanctions pénales, de trahir le secret professionnel, doivent naturellement être dispensées de témoigner sur les faits qui relèvent du secret professionnel.

La chose n'est toutefois pas certaine.

Il se pourrait que la jurisprudence cantonale refuse de mettre au bénéfice de la clause générale telle ou telle personne, pour tant tenue au secret professionnel, en vertu de l'article 321 CPS. Il faut reconnaître que la situation n'est pas la même. Si les ecclésiastiques, médecins, avocats, etc., sont tenus de garder le secret professionnel à l'égard des particuliers, et si cette obligation est même sanctionnée par la loi pénale, le devoir de renseigner les autorités⁴ et notamment la justice peut, dans certains cas, être plus impérieux que le secret professionnel.

Or les lois de procédure déterminent seules dans quels cas l'intérêt de la justice à être renseignée doit l'emporter sur le secret professionnel, et d'ailleurs l'article 321, al. 3, CPS les réserve expressément.

On pourrait dès lors soutenir que les lois de procédure doivent être interprétées pour elles-mêmes, sans tenir compte de l'article 321 CPS, établi sur des principes différents.

Nous pensons cependant que les lois (cantonales) de procédure ne peuvent, par le vague de leurs dispositions, exposer une personne au risque de violer la loi pénale (fédérale). Si on juge

¹ Voir Stalder : *Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht im bernischen Strafverfahren*, p. 69 sqq.

² Neuchâtel, art. 147, ch. 2, CPP et art. 222, litt. b, CPC; Vaud, art. 226 CPP; Genève, art. 227 CPC; art. 77 à 79 PPF.

³ Art. 730 CO.

⁴ Dans le canton de Neuchâtel, les médecins, chirurgiens, pharmaciens et sages-femmes qui acquièrent dans l'exercice de leur profession la certitude qu'un délit a été commis, sont tenus de le dénoncer (art. 18 de la loi sur l'exercice des professions médicales, du 23 avril 1919). Cette disposition n'est pas en contradiction avec l'art. 321 CPS, puisqu'il s'agit de « renseigner une autorité ».

opportun d'astreindre à témoigner certaines personnes qui, d'une façon générale, sont tenues au secret professionnel, qu'on le dise au moins clairement !

Sinon, le témoin sera fondé à interpréter d'une manière large les dispositions cantonales et à refuser de parler, sans encourir les sanctions qu'elles prévoient.

Nous pensons donc que lorsque la loi de procédure a recours à une formule générale, elle doit être interprétée en ce sens que le législateur n'a pas voulu restreindre la liste de ceux qui peuvent invoquer le secret professionnel en justice et s'est référé implicitement à l'article 321 CPS.

D'autres lois énumèrent les diverses catégories de personnes qui peuvent se mettre au bénéfice du secret professionnel¹. Cette énumération est-elle limitative et doit-on admettre que le législateur a omis volontairement certaines catégories de personnes ? Ou bien peut-on raisonner par analogie ? On serait tenté d'admettre cette dernière solution, du moins s'il s'agit de professions analogues à celles qui, d'après la disposition expresse de la loi, permettent de refuser le témoignage.

Ainsi l'article 77 PPF dispense du témoignage les médecins, pharmaciens et sages-femmes, mais non les dentistes. Il semble toutefois que ces derniers doivent aussi, par analogie, être mis au bénéfice de cette disposition, même s'ils exercent dans un canton où cette profession est libre et n'ont pas la qualité de médecins-dentistes.

Cette solution paraît conforme à l'intention du législateur. En effet, « le projet (de procédure pénale fédérale) met au bénéfice du secret professionnel les mêmes catégories de personnes que l'article 285 du projet du code pénal suisse »². Or cette dernière disposition ne parlait pas des dentistes qui n'ont été mis expressément au bénéfice du secret professionnel que lors des délibérations du Parlement. Ainsi une divergence a été créée entre les dispositions de la PPF et celles du CPS, mais cette divergence n'est certainement pas voulue et l'intention du législateur a été au contraire de dispenser du témoignage toutes les personnes astreintes au secret professionnel. C'est dans ce sens que l'article 77 PPF doit être interprété.

Rappelons que dans tous les cas, les personnes que la loi de

¹ Par exemple, art. 77 PPF; Genève, art. 292 CPP (qui reproduit textuellement l'énumération de l'art. 321, al. 1, CPS, mais laisse de côté les étudiants); Fribourg, art. 21, ch. 10, CPP (qui renvoie à l'art. 184 de l'ancien code pénal fribourgeois).

² *Message du Conseil fédéral*, du 10 septembre 1929; FF 1929, p. 635.

procédure obligerait à témoigner ne pourront être condamnées pour violation du secret professionnel, en vertu de l'article 321 CPS, puisque cette disposition réserve intentionnellement le cas. On pourra aussi invoquer l'article 32 CPS, selon lequel « ne constitue pas une infraction l'acte ordonné par la loi ».

Mais que décider si l'intéressé a témoigné, alors qu'il n'ignorait pas que la loi de procédure lui permettait de se taire ? Nous pensons avec MM. Thormann et von Overbeck¹ qu'il est coupable de violation du secret professionnel, car l'article 321, ch. 3, n'est plus applicable. Et s'il a cru, de bonne foi, qu'il était obligé de répondre aux questions du juge ? Pourrait-il invoquer l'erreur de droit au sens de l'article 20 CPS ? Ce sont là des questions qui sortent du cadre de notre étude.

Mais cette erreur a aussi son importance en ce qui concerne l'application de l'article 307, soit lorsqu'un témoin, ignorant qu'il avait le droit de se taire, a cru se trouver dans un dilemme dont il n'est sorti que par un mensonge. Nous y reviendrons².

2. Est également dispensé de témoigner celui qui est tenu au secret de fonctions au sens de l'article 320 CPS³.

En ce qui concerne les fonctionnaires fédéraux, cette solution est imposée déjà par l'article 28 de la loi sur le statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927⁴. Mais nous serions tenté de l'admettre aussi pour les fonctionnaires cantonaux et communaux.

En effet, l'article 320 CPS, qui protège le secret de fonctions, n'en autorise la révélation que dans un seul cas : celui où l'autorité supérieure y consent par écrit. A la différence de l'article 321, relatif au secret professionnel, il ne réserve pas les dispositions de la législation fédérale ou cantonale statuant une obligation de témoigner en justice.

Cette différence entre deux articles consécutifs de la même loi peut difficilement être le résultat d'un oubli et doit être voulue. Le législateur a estimé que l'autorité administrative était mieux placée que le juge pour décider si la révélation d'un secret est compatible avec l'intérêt public ou plutôt pour déterminer quelle est la solution la plus conforme à l'intérêt public. On a

¹ Note 17, ad art. 321.

² *Infra*, p. 37.

³ Cette disposition punit « celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi ».

⁴ Cf. René Perrin : *Le secret de fonctions en droit fédéral suisse* (thèse, Neuchâtel), p. 44.

pensé que si l'intérêt de la justice à être renseignée l'emportait sur l'intérêt de l'administration à garder un secret, l'autorité administrative n'hésiterait pas à autoriser le témoignage.

Dans la pratique, les autorités administratives n'accordent que difficilement au fonctionnaire l'autorisation de témoigner¹. Nous croyons cependant avec M. René Perrin² que cette solution est la seule possible et qu'on ne pourrait s'en remettre aux autorités judiciaires du soin d'apprécier les intérêts en jeu.

Certaines lois de procédure³ prévoient également le cas et dispensent les fonctionnaires de témoigner sur les faits qui leur sont connus à ce titre et dont la loi leur demande le secret. Pour MM. Thormann et von Overbeck⁴, ces dispositions constituent « un complément important de la protection prévue par le droit pénal ». Nous pensons au contraire que, la question étant tranchée par l'article 28 du Statut des fonctionnaires et par l'article 320 CPS, elles n'ont qu'une valeur déclarative. Il peut être utile de rappeler au juge et au témoin, dans une loi de procédure, que le secret de fonctions l'emporte sur l'obligation de témoigner, mais l'absence d'une telle disposition ne change rien à la situation juridique. Même si la loi de procédure cantonale ne contient aucune disposition à ce sujet, le fonctionnaire pourra refuser son témoignage. Pour les fonctionnaires fédéraux, il suffira d'invoquer l'article 28 StF⁵. Pour les fonctionnaires cantonaux, la même solution résulte de l'article 320 CPS. Sinon le fonctionnaire appelé à témoigner sur un fait relevant du secret de fonctions s'exposerait aux peines prévues par l'article 320 CPS s'il parle⁶, et aux peines prévues par la loi de procédure s'il se tait ! Pour lever cette contradiction, il faut admettre que l'article 320 CPS abroge toute disposition antérieure, dans la mesure où elle oblige un fonctionnaire à témoigner sans l'autorisation écrite de ses supérieurs⁷.

Nous pensons donc que tous les fonctionnaires, fédéraux, cantonaux et communaux, sont soumis aux mêmes règles : ils ont

¹ Voir R. Perrin, op. cit., p. 49 sqq., 72 sqq.

² Op. cit., p. 66.

³ Art. 78 PPF; art. 42, al. 3, PCF; Neuchâtel, art. 222, litt. e, CPC.

⁴ Note 3, ad art. 320 CPS.

⁵ René Perrin, op. cit., p. 49.

⁶ Puisque cette disposition ne réserve pas les lois de procédure relatives à l'obligation de témoigner.

⁷ Cf. art. 32 CPS.

le droit et l'obligation de refuser leur témoignage, tant que l'autorité supérieure ne les a pas autorisés à parler.

3. Le secret des banques¹ peut-il être invoqué par le témoin ? Il ne le semble pas. Nous avons dit que si l'article 320 CPS ne contenait pas de disposition analogue à l'article 321, al. 3, CPS, cette différence devait être voulue. Mais on ne peut tenir le même raisonnement pour le secret bancaire, qui n'est pas établi par le CPS, mais par une autre loi, plus ancienne.

On peut dire avec M. René Perrin² que le secret des banques n'étant pas dicté par le bien public aussi impérieusement que celui des médecins, prêtres ou avocats, il ne saurait jouir d'une plus large protection. Si dès lors un médecin, un prêtre ou un avocat peut être délié du secret professionnel, il doit en être de même d'un banquier.

4. Sont également dispensées de témoigner les personnes qui se trouvent avec l'accusé dans un rapport de parenté plus ou moins étroit et d'ailleurs variable d'une législation à l'autre³. Il en est ainsi en général des père et mère, du conjoint, parfois même divorcé, des enfants, des frères et sœurs, etc. On ne peut faire abstraction des sentiments naturels d'affection qui unissent les membres de la famille et obliger un parent à accabler son parent. On a peut-être aussi craint que le témoin, mû par le désir de ne pas porter préjudice à une personne qui lui est chère, ne soit conduit à un faux témoignage.

Cependant celui qui est appelé à déposer contre un de ses proches se trouve dans un terrible dilemme : s'il s'y refuse, il doit craindre que son silence ne soit interprété dans un sens défavorable, et s'il parle il est tenu de dire la vérité, même si elle peut porter préjudice à un proche parent. Nous avons vu⁴ qu'en France et à Genève, les proches ne peuvent jamais être entendus en témoignage. Cette solution évite bien des difficultés dans la pratique.

5. C'est pour des motifs analogues que l'on autorise souvent

¹ Art. 47 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques et caisses d'épargne.

² *Le secret des banques et l'obligation de renseigner les autorités*, RSJ, vol. 45, p. 145.

³ Art. 75 PPF; Neuchâtel, art. 221, litt. a, CPC et 147, ch. 1, CPP; Fribourg, art. 21, ch. 2, CPP; Vaud, art. 225 CPP. A Genève, les proches parents ne sont pas entendus comme témoins, mais à titre de renseignements (art. 290 et 291 CPP, 225 et 226 CPC).

⁴ Supra, p. 18.

les témoins à ne pas répondre à des questions « qui compromettraient leur propre honneur ou leur propre intérêt » ou ceux de leurs parents à un degré plus ou moins rapproché, même si les parents en question ne sont pas partie au procès¹. Ici de nouveau, le risque de faux témoignage est trop considérable et la contrainte exercée sur le témoin répugne à notre conception d'après laquelle nul ne peut être obligé de s'exposer lui-même au mépris public ou à une poursuite pénale, ni à y exposer ses proches².

Il est toutefois des cas où cette disposition est insuffisante, lorsque le refus de témoigner équivaut pratiquement à un aveu. Lorsqu'on demande à un innocent s'il a commis tel acte répréhensible, il ne refusera évidemment pas de répondre, mais il protestera avec indignation. Si donc le témoin ne peut pas répondre, le juge et les parties ne manqueront pas de le considérer comme coupable et d'en tirer les conséquences.

Cette disposition présente néanmoins un intérêt pratique, en ce sens que l'intéressé ne s'expose pas à une poursuite supplémentaire du chef de faux témoignage.

Le cas se présente fréquemment dans le procès en divorce, lorsque le demandeur fait citer un témoin pour lui demander s'il a commis adultère avec le défendeur.

Que fera le témoin ? Va-t-il exposer au déshonneur et parfois à un préjudice matériel important (perte du droit à la pension)³ celui qui lui a donné sa confiance et son amour ? ou va-t-il affirmer, contrairement à la vérité, qu'il s'agissait d'un innocent commerce d'amitié ? Les deux solutions sont déshonorantes pour lui. Et nous venons de voir que le témoin ne peut échapper à cette alternative en refusant de répondre.

Le plus souvent, il préférera choisir la voie du faux témoignage. Et s'il est ensuite poursuivi, il ne pourra pas invoquer la circonstance atténuante de l'article 308, al. 2, CPS⁴, l'amant ou la maîtresse n'étant pas « proche » au sens de la loi. Le juge pourra cependant considérer qu'il s'agissait d'un mobile honorable et atténuer la peine conformément à l'article 64 CPS.

Mais pour le législateur, la sagesse consiste à interdire pure-

¹ Art. 79 PPF; Neuchâtel, art. 222, litt. d, CPC; Genève, art. 293 CPP; Fribourg, art. 21, ch. 3, CPP. D'autres lois ne contiennent aucune disposition de ce genre (CPP neuchâtelois, CPP vaudois, etc.), ce qui nous paraît être une lacune regrettable. Cf. Ufenast, op. cit., p. 98.

² Cf. Stalder, op. cit., p. 40 sqq.

³ Art. 151 et 152 CCS.

⁴ Cf. infra, p. 92.

ment et simplement au juge (et aux parties) de poser de semblables questions. C'est la solution adoptée par le législateur fédéral¹. Il serait à souhaiter que les lois cantonales s'en inspirent aussi ou, si la loi est muette, que les juges refusent d'interroger les témoins sur les faits de ce genre.

§ 2. *Le témoignage facultatif.*

D'une façon générale et sauf le cas de l'article 79 PPF, que nous venons d'examiner, les lois de procédure autorisent bien certaines catégories de personnes à refuser de répondre aux questions qu'on leur pose, mais n'interdisent pas de poser ces questions.

Le témoin proche parent a le droit de parler s'il le juge bon. Selon un arrêt du Tribunal cantonal valaisan², les dispositions qui autorisent le témoin à ne pas répondre aux questions intéressant son honneur « se basent évidemment sur la conception subjective du témoin quant à l'atteinte à son honneur ».

Il va sans dire que si le témoin, sciemment et volontairement, parle alors qu'il aurait eu le droit de se taire, il doit alors dire la vérité³. S'il ne le fait pas il se rend coupable de faux témoignage.

Mais que décider une fois que le témoin a répondu sans savoir qu'il n'y était pas tenu ? Une série de lois de procédure font aux juges l'obligation de le rendre attentif à son droit⁴. Il se peut cependant que le juge néglige de le faire ou que la loi applicable ne prescrive pas cette formalité. La question rappelle celle que nous avons déjà étudiée et qui concernait l'exhortation à dire la vérité⁵. Elle s'en distingue cependant par deux traits assez importants.

Tout d'abord le témoin qui n'aurait pas été régulièrement exhorté reste tenu de déposer, et de déposer conformément à la vérité. En effet, l'absence d'exhortation n'est pas un motif qui

¹ Art. 79, in fine, PPF; cf. Suter, op. cit., p. 59 sqq.

² Arrêt du 18.10.1932; Rapport 1932, p. 53.

³ « Le témoin qui en connaissance de cause n'use pas du droit de refuser le témoignage dans certains cas et fait une déposition en justice est tenu de dire la vérité. » TC Appenzell (Rh. Ext.), 28.10.1942; BJP 1943, p. 46. Dans le même sens : TC Valais, 28.11.1947; Rapport 1947, p. 111.

⁴ Par exemple, Neuchâtel, art. 148 CPP.

⁵ Supra, p. 22 sqq.

puisse dispenser l'intéressé de témoigner et quant à l'obligation de dire la vérité, elle ne souffre pas d'exception.

Au contraire, le témoin qui était proche parent de l'inculpé avait le droit de se taire. Si le juge oublie de le lui signaler, il peut être amené à parler (et à faire un faux témoignage), alors qu'il aurait évité de commettre ce délit s'il avait eu connaissance de ses droits.

D'autre part, nous avons déjà relevé¹ que le témoin, même non exhorté, sait, dans l'immense majorité des cas, à quoi s'en tenir sur ses devoirs. Il sait qu'il est là pour éclairer la justice et qu'il doit dire la vérité. Il n'est pas nécessaire que le juge lui rappelle ses obligations : il les connaît d'avance. Mais il n'en est généralement pas de même de celui qui était en droit de refuser son témoignage, par exemple pour cause de parenté. Si l'obligation de dire la vérité est un devoir de tout citoyen, le droit de refuser son témoignage découle d'une règle de procédure et il est permis à un non-juriste de l'ignorer.

Comment donc apprécier les fausses déclarations du témoin qui avait le droit de se taire et ne l'a pas su ? S'agit-il d'un faux témoignage ? Les thèses contraires ont été soutenues. Le Tribunal cantonal d'Appenzell Rh. Ext. avait déclaré² que « le témoin est punissable lorsque le juge omet d'attirer son attention sur la faculté qu'il a de refuser de déposer ».

La Cour suprême de Berne avait adopté autrefois le même principe. Dans une circulaire du 2 décembre 1942³ aux tribunaux et juges d'instruction du canton, il est dit en effet :

« L'omission (de l'avertissement) n'exclut pas la punition pour faux témoignage. La question de savoir si un témoin non averti de son droit de récusation, et qui fait un faux témoignage, est punissable, doit être résolue en même temps que l'état de fait subjectif de chaque cas. »

Mais dans un arrêt du 5 juin 1948⁴, cette Cour renverse sa jurisprudence : « Le devoir du juge de rendre le témoin attentif au droit qu'il a de refuser son témoignage ne constitue pas une prescription d'ordre formel, mais une condition de validité du témoignage. »

¹ Supra, p. 20.

² Arrêt du 28 octobre 1942, BJP 1943, p. 46, No 116.

³ ZBJV, 1943, p. 34.

⁴ ZBJV, 1948, vol. 84, p. 361.

Il importe de relever que le droit bernois¹ fait de cette avertissement une obligation pour le juge.

Dans une circulaire du 21 juin 1948², la Cour bernoise confirme et précise sa nouvelle jurisprudence. Le juge doit signaler au témoin *toutes* les éventualités dans lesquelles il pourrait refuser de parler, même s'il n'a aucun motif de penser qu'elles soient réalisées, et cela sous peine de nullité.

Au contraire, le Tribunal militaire de cassation³ a décidé que le juge n'est pas tenu de rendre le témoin attentif aux dispositions de l'article 87 OJPPM⁴. Le témoin qui a fait une fausse déposition, alors qu'il aurait été en droit d'invoquer cette disposition, reste punissable.

La Cour de cassation zuricoise s'était aussi prononcée dans le même sens en 1925⁵.

Quant au Tribunal fédéral, les arrêts que nous avons cités⁶ ne font aucune distinction entre l'exhortation à dire la vérité et l'avertissement relatif à la faculté de refuser de déposer. Ils réunissent ces deux notions sous le nom de « formalités qui doivent entourer le témoignage » et leur appliquent les mêmes règles. Nous pouvons nous référer à ce que nous avons déjà dit⁷.

Ainsi l'avertissement du juge sera une condition formelle du témoignage lorsque son absence permet de recourir en nullité contre le jugement ; il n'y aura alors ni témoignage ni, par conséquent, faux témoignage.

Dans le cas contraire, l'avertissement n'est qu'une mesure d'ordre, dont l'absence ne vicie pas la déposition. Il y a donc témoignage valable et il peut y avoir faux témoignage. Mais il importe encore de faire une distinction.

Dans l'arrêt Guinand, le Tribunal fédéral constate que « le Code de procédure neuchâtelois ne prévoit pas la nullité du faux témoignage en cas d'inobservation des formalités légales »⁸. Mais

¹ Art. 141 CPP.

² ZBJV, 1948, vol. 84, p. 315.

³ Arrêt du 14.2.1942, ATMC, vol. IV, No 39, p. 78.

⁴ « Pourront aussi se refuser à déposer ceux dont la déposition tournerait à leur propre détriment pour leur fortune ou leur honneur... »

⁵ Arrêt du 30.11.1925, cité et critiqué par M. Pfenniger : *Zeugnisverweigerungsrecht de propria turpitudine*, RPS, 1926, p. 274.

⁶ ATF 69, IV, 211 ; JDT 1944, IV, 48 et ATF 71, IV, 43 ; JDT 1945, IV, 123.

⁷ Supra, p. 37 et 38.

⁸ La Cour de cassation neuchâteloise avait en effet jugé que l'inobservation de l'art. 185 du Code de procédure de 1893 (aujourd'hui remplacé par

il ajoute « si donc il est vrai qu'elles (ces formalités) n'ont pas été respectées à l'endroit de Guinand, on aurait simplement à se demander si celui-ci n'a pas eu néanmoins connaissance de son droit de refuser le témoignage... ».

Il résulte de cet arrêt que si l'accusé n'avait pas eu connaissance de son droit de refuser le témoignage, *sa fausse déposition n'aurait pas constitué le délit de faux témoignage*.

Cette solution est équitable et logique. On ne peut pas faire supporter au témoin les conséquences de la carence du juge. Nous serons enclin cependant, avec M. Ufenast¹, à apporter quelques restrictions à ce principe : Il faut que l'omission d'un avertissement ait été la *cause* du témoignage. On pourra en faire abstraction, dit M. Ufenast, lorsque « les circonstances conduisent nécessairement à admettre, avec la certitude la plus absolue, que le défaut d'avertissement n'a en aucune manière été la cause du faux témoignage, et que même si le témoin avait été averti de son droit de récusation, il n'en aurait pas fait usage, mais aurait fait un faux témoignage ». L'auteur cite la jurisprudence des tribunaux zuricois, concernant le cas d'un complot ourdi entre l'accusé et le témoin, qui se serait engagé par avance à faire une fausse déposition.

Il s'agit là de cas tout à fait exceptionnels et on doit présumer que le défaut d'avertissement a été la cause du faux témoignage, cette présomption ne pouvant être renversée que par la preuve absolue en sens contraire.

Il faut également faire une exception au cas où le témoin, malgré l'absence d'avertissement, savait cependant pertinemment qu'il était en droit de ne pas parler. Le Tribunal fédéral déclare que, s'agissant d'un avocat pratiquant, la question ne saurait faire de doute².

Pourrait-on tenir le même raisonnement pour un ecclésiastique, un médecin, un fonctionnaire supérieur ? Ces personnes devraient évidemment connaître les lois qui régissent leur profession, et d'ailleurs on leur donne des leçons de déontologie. Mais connaîtront-elles aussi les lois de procédure et sauront-elles qu'elles sont liées par le secret professionnel, *même devant la justice* ? C'est plus douteux.

celui de 1945), c'est-à-dire le fait de ne pas avertir le témoin qu'il avait le droit de ne pas parler, ne rendait pas le témoignage nul. Arrêts de la Cour, vol. II, p. 86, et vol. III, p. 257.

¹ Op. cit., p. 23.

² Arrêt Guinand (69, IV, 211).

En ce qui concerne plus spécialement le secret médical, il est loin d'être absolu et de nombreuses dérogations sont prévues. M. Heim¹ consacre un chapitre de son ouvrage sur le secret médical aux dérogations légales, qui sont les suivantes :

1. déclaration de naissance et de décès² ;
2. déclaration de certaines maladies, notamment de la tuberculose, des maladies contagieuses, des maladies mentales ;
3. dénonciation des délits³.

Dès lors, un médecin ne pourrait-il pas s'imaginer, en toute bonne foi, qu'il y a aussi exception au principe du secret professionnel lorsqu'il est interrogé en justice ? La question peut se poser, car un médecin n'est pas censé, comme un avocat, connaître le code de procédure.

Dans tous les cas, il paraît inadmissible de considérer qu'un « auxiliaire » au sens de l'article 321, al. 1, CPS, un étudiant, un fonctionnaire inférieur, aurait dû savoir qu'il avait le droit de refuser son témoignage et qu'un avertissement du juge était superflu. Ce serait considérer l'avertissement comme une formalité inutile.

§ 3. Conséquence du mutisme.

Nous avons dit que le refus de parler et le faux témoignage n'entraînent pas les mêmes conséquences. En effet, celui qui refuse de témoigner, même indûment, ne fait pas une *fausse* déposition, il n'induit pas la justice en erreur, il refuse simplement de l'éclairer et la question à juger reste entière, exactement comme si le témoin avait été empêché de se présenter. Aussi l'article 307 CPS ne sera-t-il pas applicable. Les lois de procédure punissent généralement le refus de déposer d'arrêts ou d'amende, et mettent les frais d'audience à la charge du témoin récalcitrant⁴.

¹ *Secret médical dans le code pénal suisse*, p. 113 et 114.

² Art. 61 et 82 de l'ordonnance sur le service de l'état civil, du 18 mai 1928.

³ Cf. note 4, page 31 ci-dessus.

⁴ Neuchâtel, art. 153 CPP et art. 243 CPC; Fribourg, art. 21, ch. 5, CPC; Vaud, art. 224, 325, al. 2, CPP; Genève, art. 242 CPC; art. 88 PPF.

Section III : La Justice

Aux termes de l'article 307 CPS, il faut, pour qu'une déclaration mensongère puisse être taxée de faux témoignage, qu'elle ait été faite « en justice ».

L'administration de la justice étant l'une des tâches essentielles et classiques de l'Etat, la justice comprend évidemment et en premier lieu les organes que l'Etat a créés dans ce but, c'est-à-dire les tribunaux civils et pénaux. La chose n'est pas douteuse, elle n'a même pas été discutée lors des travaux préparatoires et c'est à peine si un expert a déclaré, en passant, que notre article s'appliquait « aux procès de tous genres »¹.

Mais on pouvait se demander s'il convenait d'étendre la notion de justice aux tribunaux administratifs, à d'autres autorités administratives, aux arbitres, aux autorités disciplinaires, etc. L'article 309 vient compléter l'article 307 sur ce point et statue :

« Les articles 306 à 308 sont aussi applicables à la procédure devant les tribunaux administratifs, devant des arbitres, et devant les autorités et fonctionnaires de l'administration ayant qualité pour recevoir des témoignages. »

Comme on le voit, la procédure disciplinaire n'est pas mentionnée.

Nous allons maintenant examiner les différents problèmes que posent cette notion de « justice » et les diverses autorités qu'elle comprend.

§ 1. La justice civile.

En *matière civile*, la justice comprend évidemment le Tribunal fédéral², mais surtout les tribunaux cantonaux à tous les degrés de juridiction. Ce sont eux, en effet, qui connaissent la plupart des procès dans lesquels il y a des questions de faits à résoudre et, par conséquent, des témoins à interroger.

A côté des tribunaux ordinaires, il faut mentionner certains tribunaux spéciaux, tels les conseils des Prud'hommes. Peu importe que leurs membres ne soient pas des magistrats permanents, car ils ont à trancher des conflits d'ordre juridique et leurs

¹ Gautier : Procès-verbal de la 2me Commission d'experts, t. V, p. 285.

² Dans les causes prévues aux articles 48 sqq. OJF.

décisions sont assimilables en tous points à celles des tribunaux ordinaires.

Il en est de même de certaines autorités administratives qui, exceptionnellement, peuvent être compétentes pour trancher certains litiges de droit privé, comme les contestations entre propriétaires et locataires sur la résiliation des baux¹. Dans le canton de Neuchâtel, par exemple, le Conseil communal est compétent en première instance, tandis que l'autorité de recours est une commission spéciale (Commission cantonale de recours pour les mesures contre la pénurie de logements)². Si des doutes devaient s'élever, l'article 309, qui assimile les tribunaux administratifs aux autorités judiciaires, suffirait à les dissiper.

Au surplus, l'Etat ne se réserve pas le monopole de l'administration de la justice, du moins en matière civile. Il permet aux intéressés de porter leurs conflits (lorsque l'ordre public n'est pas intéressé) devant des arbitres, qui sont de simples particuliers. Mais les jugements arbitraux « sont revêtus de la même valeur juridique et ont même force exécutoire que ceux des tribunaux de l'Etat »³. Ils doivent dès lors présenter les mêmes garanties quant à l'exactitude des faits admis par le jugement, et le témoin qui a induit volontairement en erreur les arbitres ne doit pas pouvoir échapper à une juste répression.

Certains auteurs⁴ vont même jusqu'à dire que les tribunaux arbitraux « sont de véritables tribunaux et, à ce titre, sont aussi des organes de l'Etat ». On peut ajouter que dans certains cantons, le jugement arbitral doit être homologué par une autorité publique. Les cantons romands⁵, en particulier, exigent que le jugement arbitral soit déposé au greffe du tribunal et rendu exécutoire par le président du tribunal. D'autre part, le jugement arbitral peut faire l'objet d'un recours en cassation ou en revision⁶. De cette façon, il acquiert un caractère officiel.

Cependant des doutes pourraient subsister. Aussi le législateur a-t-il jugé nécessaire de préciser, à l'article 309, que l'article 307 était aussi applicable à la procédure devant les arbitres.

Mais l'article 307 reste-t-il applicable lorsque le juge procède à un acte de juridiction gracieuse ? M. Zürcher faisait remarquer

¹ ACF, du 15 octobre 1941, instituant des mesures contre la pénurie des logements.

² Arrêté du Conseil d'Etat, du 10 janvier 1947.

³ Guldener : *Schweiz. Zivilprozessrecht II*, p. 509.

⁴ Cf. Guldener, op. cit., II, p. 510.

⁵ Neuchâtel, art. 487 et 491 CPC.

⁶ Neuchâtel, art. 488 à 490 CPC.

que ces actes peuvent être attribués indifféremment à un tribunal ou à une autorité administrative et que, *dans ce dernier cas*, ils relèvent de l'article 219 du projet de 1908 (art. 309 CPS). Il semblait donc admettre que, lorsqu'ils rentrent dans la compétence d'un tribunal, ils sont faits « en justice » et que l'article 216 du projet de 1908 (art. 307 CPS) s'applique de plano. Quant à nous, cette considération nous amènerait plutôt à la conclusion contraire. Si les actes de juridiction gracieuse peuvent être confiés à une autorité administrative, c'est parce qu'ils ont un caractère administratif plutôt que judiciaire¹.

Ces considérations n'ont d'ailleurs pas d'importance pratique au point de vue de la répression du faux témoignage. Peu importe que l'article 307 soit applicable *de plano* ou qu'il doive être combiné avec l'article 309 : les conditions de la répression et la peine applicable ne changent pas.

En résumé et pour autant qu'un témoignage puisse intervenir dans une procédure gracieuse (ce qui n'est pas très facile à imaginer), il tombe incontestablement sous le coup de l'article 307 CPS, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'article 309.

§ 2. La justice pénale.

A. Quant à la *justice pénale*, elle comprend également le Tribunal fédéral (Assises fédérales et Cour pénale)² et les tribunaux de tous ordres des cantons. Elle comprend également les tribunaux spéciaux, compétents pour juger certaines affaires en raison, soit de la nature de l'infraction, soit de la qualité du prévenu. Nous pensons avant tout aux tribunaux militaires³, ainsi qu'aux cours pénales de l'Economie de guerre⁴. Ces autorités doivent être considérées comme des tribunaux : leur composition, leur procédure, les peines qu'elles prononcent, le terme même de « Cour » qui a remplacé en 1944 celui de « Commission », tout démontre leur caractère judiciaire et non administratif.

Que penser des autorités de police, autorités communales, préfectures, etc., que les cantons ont parfois chargées de juger certaines contraventions⁵ ? Investies par la loi de pouvoirs judi-

¹ Arrêt de la Cour de cassation civile neuchâteloise, vol. V, p. 587 sqq.

² Art. 146 sqq., 182 sqq., PPF.

³ Code pénal militaire de 1927 et loi sur l'organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée fédérale de 1889. Cf. Ufenast, op. cit., p. 47.

⁴ ACF du 17 octobre 1944.

⁵ L'art. 345, al. 2, CPS l'autorise. Voir par exemple, Vaud, art. 483 sqq. CPP.

ciaires réguliers, il n'y a aucune raison de ne pas les considérer comme des organes judiciaires. On pourrait au besoin les classer aussi dans les « tribunaux administratifs » de l'article 309.

B. Mais une difficulté se présente. Tandis qu'en matière civile les témoins ne sont interrogés qu'une fois, ils le sont généralement deux fois dans les affaires pénales d'une certaine importance, savoir par le juge d'instruction au cours de l'enquête, et par le tribunal de jugement lors des débats principaux. Souvent même, il y a un interrogatoire préliminaire par la police. A quel moment y a-t-il témoignage et peut-il donc y avoir faux témoignage au sens de l'article 307 CPS ?

Aucun doute n'est possible en ce qui concerne les débats principaux. Mais certaines législations ne punissent pas le faux témoignage qui intervient au cours de l'enquête préparatoire. C'est la solution du droit français¹. Elle résulte de l'article 361 CP, qui exige que le faux témoignage soit porté pour ou contre *l'accusé*, c'est-à-dire aux débats, postérieurement à l'arrêt de mise en accusation.

En effet, on considère en France que le faux témoignage n'est concevable que s'il peut y avoir préjudice *irrévocable*. On attache d'autre part une grande importance au principe de *l'oralité des débats*, auquel est intimement lié celui de *l'immédiateté de la preuve*². Les juges ne peuvent (sauf certaines exceptions) tenir compte que des preuves administrées à leur audience, en présence des parties, et non pas de celles recueillies par un autre magistrat dans une procédure plus ou moins secrète. Les procès-verbaux d'audition par le juge d'instruction ne peuvent même pas être communiqués aux jurés.

Dès lors, une déclaration antérieure aux débats ne peut avoir d'influence sur le jugement à rendre. « La déposition qui est faite à ce moment n'est qu'un renseignement qui peut être rétracté aux débats, elle n'a rien de définitif. »³

Cette solution avait été adoptée aussi par certains cantons suisses, notamment le canton de Vaud⁴. Mais le Code pénal suisse ne l'admet pas. Il « ne fait pas du préjudice réalisé ou possible un élément du faux témoignage », mais il y voit un délit contre l'administration de la justice et « veut par là réprimer l'entrave

¹ Garraud : *Traité de droit pénal*, vol. VI, ch. 2297; Donnedieu de Vabres, op. cit., p. 727; Gagnebè, op. cit., p. 36 et 50; Farcet, op. cit., p. 73.

² Garraud : *Traité d'Instruction criminelle*, vol. 2, p. 114.

³ Gagnebè, op. cit., p. 50.

⁴ Panchaud : FJS 1012, No 8; ATF (affaire Guinand) cons. 1.

mise à la recherche de la vérité dans un procès »¹. Ainsi le faux témoignage devant un juge d'instruction sera punissable².

Que penser de cette question ? On estime en France qu'il est bon de laisser impunie une fausse déposition pendant l'instruction préparatoire, pour donner au témoin la possibilité de se rétracter aux débats sans être arrêté par la crainte d'un châtiment³.

D'autre part, il y a une certaine hypocrisie à ne pas prendre en considération le préjudice causé par une fausse déposition pendant l'instruction préparatoire. S'il n'est pas irrévocable (puisque une rétractation peut intervenir aux débats), il n'en est pas moins réel et souvent difficile à réparer. En particulier, l'arrestation préventive d'un innocent lui cause un grave préjudice matériel et surtout moral, qu'une indemnité pécuniaire ne peut compenser entièrement.

D'autre part, l'enquête peut être aiguillée sur une fausse piste, ce qui donnera au coupable la possibilité de se mettre à l'abri ou de détruire les preuves de son crime.

De plus, celui qui tente d'égarer la justice mérite une punition. S'il se rétracte aux débats, on pourra en tenir compte en fixant la quotité de la peine ou même, s'il y a lieu, appliquer l'article 308, al. 1, CPS.

Quant à l'enquête de police, M. Hafter⁴, déplorant l'imprécision de l'article 309 CPS, déclare que l'audition d'une personne par un fonctionnaire de la police ne peut constituer un témoignage, ni par conséquent un faux témoignage.

MM. Thormann et von Overbeck⁵ font une distinction : Ne rentrent pas dans la procédure judiciaire les enquêtes de police qui ont un caractère indépendant, c'est-à-dire celles qui ont lieu en exécution des tâches de la police et ne font pas partie d'une procédure judiciaire ; dans le cas contraire, soit lorsque le fonctionnaire de police agit en qualité d'organe de la justice pénale, il s'agirait donc, selon ces auteurs, d'un interrogatoire *judiciaire*, relevant de l'article 307 et non de l'article 309.

M. Panchaud⁶ considère au contraire l'agent de police comme un fonctionnaire autorisé à recevoir des témoignages au sens de

¹ ATF (affaire Guinand).

² Ufenast, op. cit., p. 46.

³ Gagnebé, op. cit., p. 51.

⁴ Schw. Strafrecht, partie spéciale, § 127, III, 1.

⁵ Op. cit., note 3 ad art. 307.

⁶ FJS 1012, No 49.

l'article 309 lorsqu'il agit « par délégation générale ou spéciale d'une autorité judiciaire ou comme agent désigné de police judiciaire ».

La solution proposée par MM. Thormann et von Overbeck paraît logique. Lorsque la police judiciaire recueille certains renseignements de son propre chef, il s'agit d'une enquête administrative (même si les résultats doivent être utilisés ultérieurement dans une procédure judiciaire). L'article 309 est applicable et il ne pourra y avoir faux témoignage punissable que si la loi autorisait expressément l'agent à recevoir de son chef des témoignages (ce qui sera rarement le cas)¹.

Si, au contraire, l'agent agit par délégation d'un magistrat judiciaire², on pourra considérer que l'audition faisait partie intégrante de l'enquête judiciaire. Il faut naturellement que cette délégation soit prévue par la loi.

La distinction n'a donc pas grande portée pratique. Dans l'un et l'autre cas, il faut que la loi autorise expressément l'agent, soit à entendre des témoins de son chef ou par délégation de ses supérieurs, soit à recevoir une délégation du juge. Dans les deux cas, il faudra se demander si la personne interrogée a eu conscience de sa qualité de témoin. Ce sera rarement le cas³, de sorte que, pratiquement, les faux renseignements donnés à la police judiciaire n'entraîneront qu'exceptionnellement des poursuites pénales.

Pour la même raison, il est généralement admis qu'il ne peut y avoir faux témoignage dans la procédure en *conservation de preuves* faite par l'officier de troupe (art. 108 OJPPM)⁴.

§ 3. La juridiction administrative.

1. Selon l'article 309 CPS, les règles du faux témoignage « sont aussi applicables à la procédure devant les *tribunaux administratifs* ». Les travaux préparatoires formulent la même idée en termes différents ; c'est ainsi que l'avant-projet de 1908⁵ déclarait :

¹ Ufenast (op. cit., p. 47) part du point de vue que le droit de recevoir des témoignages n'appartient jamais à la police.

² Cf. Neuchâtel, art. 100 CPP.

³ A moins que l'agent n'ait expressément avisé l'intéressé du fait qu'il était entendu comme témoin et s'exposait aux peines du faux témoignage.

⁴ Ufenast, op. cit., p. 47 ; Panchaud, FJS 1012, No 9 ; Arrêt du Tribunal militaire de cassation, BJP 1945, p. 114.

⁵ Art. 219.

« la procédure administrative est assimilée à la procédure judiciaire ». Le texte allemand disait : « Das Verfahren in Verwaltungssachen wird dem gerichtlichen Verfahren gleichgestellt », c'est-à-dire : la procédure en matière administrative est assimilée à la procédure judiciaire. La deuxième Commission d'experts adopte cette disposition sous réserve d'une rédaction plus précise¹, et c'est ainsi que furent introduits les termes de « procédure devant les tribunaux administratifs », en allemand « Verwaltungsgerichtsverfahren » (ce qu'on pourrait traduire littéralement par « procédure judiciaire administrative ») et de « procédure devant les autorités et fonctionnaires de l'administration ayant qualité pour recevoir des témoignages », en allemand « ... denen das Recht der Zeugenabhörung zusteht » (c'est-à-dire « à qui appartient le droit d'entendre des témoins »).

Ces modifications ont passé dans le projet du Conseil fédéral de 1918 et dans le texte de la loi. Elles étaient d'ailleurs destinées à exprimer d'une façon plus exacte l'intention du législateur, plutôt qu'à apporter une modification matérielle au projet de 1908.

Il est donc clair que notre disposition ne peut pas s'appliquer à tous renseignements donnés à une autorité administrative quelconque, mais seulement au témoignage devant les *tribunaux administratifs*, c'est-à-dire les autorités ayant pour mission de trancher les litiges de nature administrative.

Il faut encore que la procédure et plus particulièrement l'audition des témoins soient soumises à des règles analogues à celles de la procédure judiciaire. A la deuxième Commission d'experts², MM. Zürcher, Burckhardt, Kronauer, ont particulièrement insisté sur ce point. M. Zürcher précisait que l'audition des témoins devait être réglée de telle sorte que le témoin fût entièrement au clair sur sa qualité et ses devoirs.

2. Voyons donc quelles sont, en Suisse, les autorités ayant le caractère de « tribunaux administratifs »³. La Confédération suisse ne possède pas de tribunal administratif « ordinaire », comparable au Conseil d'Etat français et chargé, de façon générale, de résoudre tous les litiges d'ordre administratif qui ne sont pas attribués à une autorité spéciale. L'article 114 bis de la Constitution avait

¹ Procès-verbal de la 2me commission d'experts, vol. V, p. 308 sqq., 463 ; vol. VI, p. 128.

² Ibidem, p. 308 sqq.

³ Sur toute cette question, cf. les rapports présentés à la Société suisse des juristes en 1947 par Imboden et par Zwahlen, RDS, p. 1 a sqq., 195 a sqq.

prévu la création d'une Cour administrative fédérale, qui ne fut jamais formée. On préféra charger le Tribunal fédéral, soit sa Cour de droit public et administratif, de trancher certains litiges d'ordre administratif énumérés limitativement¹. Il existe également un certain nombre de tribunaux administratifs spéciaux, tels que :

- le Tribunal fédéral des assurances²,
- la Commission de recours des douanes³,
- la Commission de recours de l'administration militaire⁴,
- la Commission de recours de l'alcool⁵.

Quant au système dit de la « justice retenue », dans lequel l'autorité exécutive ou administrative supérieure examine le recours contre les décisions des autorités inférieures, il constituait autrefois la règle. Actuellement, il tend à disparaître, mais conserve encore une grande importance. C'est ainsi que certains litiges sont soumis au Conseil fédéral⁶, d'autres sont tranchés en première instance par un département⁷.

Des remarques analogues s'appliquent aux cantons. Seul le canton de Berne possède un tribunal administratif « ordinaire »⁸.

Il existe parfois des autorités spéciales, comme le tribunal valaisan du contentieux de l'administration. La plupart des cantons connaissent des commissions de recours en matière fiscale. Mais le système de la « justice retenue » continue d'être appliqué dans la plupart des cas.

3. On ne saurait guère contester aux tribunaux ordinaires, statuant en matière administrative, la qualité de tribunaux administratifs au sens de l'article 309. Au surplus, et même en faisant

¹ Art. 83 sqq., 97 sqq., OJF.

² Arrêté fédéral du 28 mars 1917. Dans un arrêt récent (ATF 74, I, 157; JdT 1948, 529 cons. 10), le Tribunal fédéral qualifie expressément le Tribunal fédéral des assurances de tribunal administratif. La chose est d'ailleurs fort contestable et il s'agit plutôt, semble-t-il, d'un tribunal au sens propre du terme, soit d'une autorité judiciaire. Peu importe d'ailleurs du point de vue du faux témoignage. Que l'art. 307 CPS soit applicable directement ou par le détour de l'art. 309, la situation du faux témoin est exactement la même.

³ Loi du 1er octobre 1925, art. 141.

⁴ Ordonnance du 15 février 1929.

⁵ Loi du 21 juin 1932, art. 47 et 74.

⁶ Art. 124 sqq., OJF.

⁷ Voir, par exemple, la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, art. 20.

⁸ Loi du 31 octobre 1909.

abstraction de cette disposition, ils font évidemment partie de la « justice » au sens de l'article 307. Ainsi les règles du faux témoignage s'appliqueront-elles sans difficulté aux dépositions faites devant le Tribunal fédéral, Cour de droit public et administratif¹.

Il en est de même pour les autorités qui sont organisées sur le modèle des tribunaux et dont la procédure présente un caractère judiciaire, comme le Tribunal fédéral des assurances².

Les difficultés commencent lorsqu'on examine le cas des « Commissions de recours » et surtout lorsqu'il s'agit d'une autorité essentiellement administrative, appelée à juger sur recours.

La dénomination même de l'autorité peut constituer un indice : si le législateur a employé le mot de Tribunal ou de Cour, c'est vraisemblablement qu'il a entendu organiser un tribunal au sens propre du terme. Mais il ne faut pas attacher au terme choisi une trop grande importance, car ce n'est pas le nom qui importe.

De même, le fait que l'autorité est composée de magistrats de l'ordre judiciaire ou de personnes choisies en raison de leurs compétences techniques n'est pas décisif. Nous avons déjà dit que les Conseils de prud'hommes, bien que n'étant pas composés de magistrats judiciaires au sens propre du terme, n'en étaient pas moins des tribunaux civils. De même, la Cour d'assises classique est évidemment un tribunal de l'ordre pénal, bien que les questions de faits (et par conséquent l'appréciation des témoignages) ne soient pas confiées à des magistrats, mais bien aux jurés qui sont de simples citoyens appelés occasionnellement à siéger.

Il serait également erroné, croyons-nous, de considérer comme des « tribunaux administratifs » toutes les autorités chargées de trancher des litiges administratifs. Le plus souvent, les Commissions de recours ne procèdent pas à l'audition de témoins, mais jugent sur une procédure entièrement écrite³. Les règles de procédure sont au surplus rudimentaires, ou même inexistantes⁴. Dès

¹ Il est vrai que cette autorité est surtout une juridiction de recours, qui a rarement l'occasion de procéder à des enquêtes et d'entendre des témoins.

² Arrêté fédéral du 28 mars 1917, art. 75 sqq.

³ L'art. 19 de la loi neuchâteloise sur la Commission de recours en matière fiscale, du 26 novembre 1923, exclut, en règle générale, la preuve testimoniale.

⁴ « La loi vaudoise du 10 novembre 1920 sur l'organisation du Conseil d'Etat prévoit bien, en son art. 32, qu'un arrêté du Conseil d'Etat fixe la procédure de recours en matière de contentieux administratif, mais l'arrêté prévu par cette disposition n'a jamais vu le jour », Zwahlen, loc. cit., p. 110 a.

lors, on ne saurait considérer comme des témoignages les déclarations faites dans une procédure aussi peu formaliste. C'est bien la raison pour laquelle certains membres de la deuxième Commission d'experts¹ trouvaient cette disposition dangereuse et avaient proposé de la biffer.

Au contraire, M. Burckhardt² voulait étendre l'application de cet article au cas où une autorité administrative supérieure a le droit de citer des témoins en cette qualité, et de les interroger pour son information, c'est-à-dire en dehors de toute procédure litigieuse. Il demanda à la Commission de rédaction d'examiner la question ; sur quoi cette commission modifia l'article 219 du projet (article 309 actuel) en y mentionnant : « les autorités et fonctionnaires de l'administration ayant qualité pour recevoir des témoignages »³.

Il apparaît donc que cette formule vise principalement le cas mentionné par M. Burckhardt. L'opinion contraire de M. Panchaud⁴, à savoir que « les témoignages ne sont que ceux destinés à la justice », ne paraît pas conforme à l'intention du législateur.

4. En résumé, nous pensons que le champ d'application de l'article 309 est à la fois plus large et plus étroit que la notion de contentieux administratif. Notre disposition ne pourra être appliquée aux personnes qui, quoique entendues dans une procédure nettement contentieuse, ne l'ont pas été dans la forme du témoignage. Au contraire, elle pourra l'être au « témoin » que l'administration a interrogé, en y mettant les formes, pour se procurer certains renseignements dont elle avait besoin pour accomplir ses tâches administratives.

Le critère doit donc être cherché dans la *procédure d'audition*⁵. Et cette question doit être résolue in concreto. Le Tribunal saisi d'une accusation en faux témoignage se demandera si l'audition (au cours de laquelle l'inculpé a menti) a eu lieu dans une forme analogue à celle usitée devant les tribunaux. Il examinera en particulier si l'inculpé a reçu une citation, s'il a été entendu en « audience », s'il a signé un procès-verbal, etc. S'il a été exhorté à dire la vérité ou même assermenté, aucun doute ne sera plus possible.

¹ Studer et Lachenal, procès-verbal de la 2me commission d'experts, loc. cit., p. 308 et 310.

² Ibidem p. 309.

³ Ibidem p. 463.

⁴ FJS 1012, No 49.

⁵ Dans le même sens, Ufenast, op. cit., p. 48 et 49.

On pourrait critiquer cette solution en faisant remarquer que, dans de nombreux cas, les renseignements faux, donnés sciemment à une autorité administrative, resteront impunis. Du point de vue du bon fonctionnement de la justice administrative, c'est évidemment regrettable. Mais si on se place au point de vue de l'accusé, on doit considérer qu'il serait inéquitable de le condamner, alors qu'il ne pouvait se rendre compte de sa qualité de témoin, vu l'insuffisance de la procédure. Si on peut considérer qu'il subsiste une lacune, il n'appartient pas au juge de la combler en appliquant l'article 309 CPS¹, mais il incombe au législateur de régler de façon plus précise l'audition des témoins dans la procédure administrative.

§ 4. *Affaires disciplinaires.*

1. En matière disciplinaire, la question est des plus délicates. Les autorités disciplinaires ne sont mentionnées, ni dans la loi, ni dans les divers avant-projets. M. Gautier² y avait fait allusion en ces termes :

« Mais doit-on prendre des mesures analogues pour les tribunaux disciplinaires ? La question est très justifiée, car les instances disciplinaires ont à sauvegarder, dans notre vie publique, de grands intérêts. Pourtant, j'hésite à me prononcer affirmativement. » Il n'a malheureusement pas indiqué les raisons qui le faisaient hésiter : s'agit-il d'une question de principe, ou du fait que la procédure disciplinaire est insuffisamment organisée pour qu'on puisse parler de témoignages ?

2. Le droit pénal a pour but de protéger dans son ensemble la société ; il s'applique à tous les justiciables et il prévoit des peines plus ou moins sévères. Au contraire, le droit disciplinaire ne vise qu'à assurer le bon fonctionnement d'un service public ou d'une profession ; seuls en relèvent les employés de ce service, ou les membres de cette profession, et les sanctions qu'il prévoit n'ont aucun caractère pénal. Elles culminent dans la révocation ou le retrait du brevet du fautif.

Il y a donc lieu de distinguer strictement la procédure disciplinaire de la procédure pénale, de sorte que l'article 307 ne permettrait pas de la faire rentrer dans la notion de « justice » au

¹ Ce serait contraire au principe « nulla poena sine lege ».

² Procès-verbal de la 2^{me} commission d'experts, vol. V, p. 308.

sens strict du terme. Telle est l'opinion généralement admise¹ qui, du reste, a été vivement critiquée par différents auteurs, en particulier par M. Hafter².

3. Mais peut-on considérer les autorités disciplinaires comme une variété de tribunaux administratifs ? On pourrait soutenir que la nomination et la révocation d'un fonctionnaire, l'octroi ou le retrait d'un brevet, d'une autorisation de pratiquer, sont des actes administratifs, de sorte que les contestations qui peuvent s'élever à ce sujet sont des contestations administratives.

Mais la tendance actuelle paraît plutôt contraire à cette assimilation. C'est ainsi que l'article 114 bis de la Constitution fédérale distingue nettement « les contestations administratives » des « affaires disciplinaires de l'Administration fédérale » et la loi d'organisation judiciaire fédérale fait de même³. Tel est aussi l'avis de M. Gautier dans les délibérations de la Commission d'experts⁴.

4. Le principe de la légalité ne permet pas d'opérer une assimilation qui n'a pas été voulue par le législateur. Telle est la jurisprudence. Tandis que le Tribunal cantonal vaudois⁵ regardait la question comme douteuse, le Tribunal d'accusation de ce canton⁶ considérait :

« Que le procès disciplinaire a un caractère d'ordre interne, le dénonciateur n'ayant pas la qualité de partie et les tiers appelés à s'expliquer par écrit ou verbalement ne l'étant que pour un but d'information, qu'il en résulte que les tiers entendus pendant l'enquête n'ont pas la qualité de témoins et que leurs déclarations données pour un but d'information ne sont dès lors pas des témoignages en justice, au sens des articles 307 et 309 CPS »⁷.

¹ Sur la distinction entre le droit pénal et le droit disciplinaire, voir aussi Donnedieu de Vabres : *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3me éd. (1947), p. 91 sqq.

² Voir Kraft : *Le droit disciplinaire des professions indépendantes*, RPS 1948, p. 245 sqq.

³ Le titre 5 (art. 97 à 116) est consacré à la juridiction administrative du TF; le titre 6 (art. 117 à 123) à la juridiction disciplinaire.

⁴ Loc. cit., vol. V, p. 308.

⁵ Arrêts divers, RSJ 1948, p. 194.

⁶ Arrêt du 21 février 1948, cité par Kraft (RPS 1948, p. 262).

⁷ Dans le même sens, arrêt du Tribunal supérieur de Zurich du 29.7.1944, BJP 1945, p. 85.

Cette décision est symptomatique des tendances actuelles de la jurisprudence.

5. Nous admettrions donc qu'il y a sur ce point une lacune d'ailleurs extrêmement regrettable. Selon M. Burckhardt¹, « la peine disciplinaire peut cependant atteindre le fonctionnaire, surtout le fonctionnaire de carrière, presque aussi lourdement (qu'une condamnation pénale), lorsqu'elle va jusqu'au licenciement, comme elle y est parfois obligée ». Nous pensons même que le renvoi d'un fonctionnaire, ou le retrait du brevet d'un avocat, brisant sa carrière et l'empêchant de gagner sa vie, a pour lui des conséquences autrement plus graves qu'une amende pour n'avoir pas respecté la priorité de droite !

Comme le disait avec raison M. Burckhardt² au sujet des fonctionnaires, il faut que la peine disciplinaire « soit prononcée dans une procédure qui offre des garanties spéciales contre l'erreur et l'arbitraire ». Pour les avocats, M. Kraft³ s'exprime dans le même sens : « avec certaines exceptions, il (le droit disciplinaire) doit accorder aux justiciables qui relèvent de lui au minimum les mêmes garanties de droit matériel et de procédure qu'aux justiciables qui se présentent devant un tribunal ordinaire ».

Or ces garanties n'existent pas si les témoins peuvent impunément tenter d'induire l'autorité en erreur.

6. Nous parlons ici de la procédure disciplinaire dirigée contre les fonctionnaires publics ou les membres d'une profession autorisés à pratiquer par l'Etat. Cette procédure est organisée par l'Etat et soumise à la surveillance de l'autorité publique.

Mais de nombreuses associations professionnelles ont élaboré des conventions qui établissent les règles à observer par leurs membres dans l'exercice de la profession, qui prévoient des sanctions et instituent des organes chargés de les appliquer⁴. Or ces organes sont des tribunaux arbitraux⁵, et l'article 309 CPS vise

¹ *Commentaire de la Constitution fédérale*, p. 802-803.

² *Loc. cit.*, p. 803.

³ RPS 1948, p. 262.

⁴ Voir, par exemple, la convention collective de l'Industrie horlogère suisse du 1er avril 1936.

⁵ Selon Guldener, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, vol. II, p. 508, « les tribunaux arbitraux sont des tribunaux privés, qui sont institués par des particuliers avec l'autorisation de la loi ». Un peu plus loin (note 29, p. 513), cet auteur cite les « Schiedsgerichte von Berufsverbänden » comme exemples de tribunaux arbitraux permanents. Les clauses conventionnelles qui règlent le comportement des membres d'une association professionnelle sont des

expressément la procédure devant des arbitres. Ainsi le faux témoin pourra-t-il être condamné. Il en résulte que les membres des professions libres sont mieux protégés que ceux des professions soumises à la surveillance des pouvoirs publics.

7. Pour toutes ces raisons, nous pensons qu'il serait nécessaire de modifier l'article 309 CPS en y mentionnant expressément la procédure disciplinaire.

8. Mais cette modification ne suffirait pas à résoudre le problème, car on retrouverait les difficultés que nous avons déjà signalées à propos de la procédure administrative¹ : Il faudrait encore que la procédure disciplinaire soit organisée de telle sorte que l'audition des témoins ait lieu en des formes analogues à celles de la procédure judiciaire.

CHAPITRE II

L'altération de la vérité

Nous avons examiné dans le chapitre précédent les conditions de personnes et de circonstances qui doivent être remplies pour qu'un faux témoignage soit possible. Nous allons tenter d'établir maintenant en quoi consiste cet acte lui-même, quels sont ses éléments constitutifs.

Comme tout autre délit, le faux témoignage peut se décomposer en un élément objectif et un élément subjectif. L'élément objectif est constitué par une fausse déclaration, c'est-à-dire par la relation d'un événement ou l'exposé d'un fait qui ne correspond pas à la vérité ; en d'autres termes, par l'altération de la vérité.

C'est à l'étude de cet élément objectif que nous consacrerons le présent chapitre, tandis que nous aborderons ensuite l'élément subjectif, soit l'intention coupable.

Le problème de l'altération de la vérité soulève lui-même plusieurs questions. Tout d'abord, sur quel élément de la déclaration doit porter le mensonge pour qu'on puisse parler de faux témoi-

clauses pénales au sens de l'art. 160 CO, mais en général leur application est confiée à des organes institués par les conventions et non aux tribunaux officiels. Ces organes ne peuvent être que des tribunaux arbitraux.

¹ Supra, p. 50 sqq.

gnage ? En effet, le témoin peut avoir à s'exprimer, soit sur des faits qui concernent directement la question à juger, soit sur d'autres qui n'ont avec cette question qu'un rapport indirect, plus ou moins éloigné, soit enfin sur des faits qui lui sont complètement étrangers. Sur lequel de ces faits, principaux, accessoires et étrangers à la cause, une fausse déclaration est-elle punissable ?

D'autre part, quand peut-on considérer une déclaration comme fausse ? Et que se passe-t-il lorsque le témoin, croyant altérer la vérité, fait en réalité une déposition exacte, parce que les événements ne se sont pas passés comme il le croit, mais comme il le dit ? Dans ce cas, y a-t-il encore faux témoignage ?

Enfin que décider lorsque le témoin a fait plusieurs dépositions, les unes mensongères et les autres véridiques ? Faut-il considérer l'ensemble de ces dépositions comme formant un tout, ou les prendre isolément, de sorte que leur auteur pourra être poursuivi pour celles qui sont fausses ? En d'autres termes, à quel moment le délit de faux témoignage est-il consommé ?

C'est à ces divers problèmes que nous allons consacrer les sections qui suivent.

Section I : Les faits de la cause

Doit-on considérer la déposition du témoin comme un tout indivisible, de sorte qu'une fausse déclaration, portant sur un point quelconque, constitue le délit de faux témoignage ?

Telle n'est pas la solution du Code pénal suisse, qui punit « celui qui... aura fait une déposition fausse *sur les faits de la cause...* »¹.

Ainsi le témoin qui altère la vérité ne commet le délit de faux témoignage que si cette altération porte sur des faits d'une catégorie bien déterminée. Il importe donc de distinguer entre les « faits de la cause » et les « faits étrangers à la cause ».

§ 1. *Faits étrangers à la cause.*

Avant la déposition proprement dite, le témoin est généralement appelé à donner certaines précisions sur son identité (nom, prénoms, domicile, âge, etc.), sur ses liens de parenté éventuels avec les parties au procès et sur d'autres circonstances analogues.

¹ Art. 307 in initio.

Ces renseignements n'ont, en règle générale, aucun rapport avec la question à juger ; ils ont pour but d'éviter des confusions de personnes, de déterminer si l'intéressé est capable de témoigner, s'il est tenu à le faire ou s'il a le droit de s'y refuser, etc., mais ils n'ont pas d'importance pour le procès qu'il s'agit de juger et ne peuvent influencer le juge. On peut cependant concevoir des exceptions ; nous y reviendrons à la fin de ce paragraphe.

En France, certains auteurs¹ ont soutenu que les renseignements donnés par le témoin quant à son identité et à sa situation personnelle sont inséparables de sa déposition sur le fond et que toute altération de la vérité doit être punie.

Mais l'opinion dominante est en sens contraire. Selon Chauveau et Hélie, « la déposition se compose de ce que le témoin a vu ou entendu relativement au procès, et c'est cette vérité sur le fond dont l'altération seule peut être un crime »².

En Suisse, nous l'avons vu³, le texte de la loi exclut toute controverse. La fausse déposition n'est punissable que si elle porte sur « les faits de la cause ».

Cette notion avait été introduite dans l'avant-projet de 1903⁴ et fut considérée par les experts comme allant de soi. M. Lang avait précisé⁵ que la déclaration portant sur les faits de la cause (« zur Sache ») s'oppose à celle qui concerne la personne même du témoin (« zur Person »).

Le Tribunal fédéral⁶ constate que « l'article 307, al. 1, suffit à éliminer les dires étrangers à la cause, par exemple les renseignements du témoin sur ses qualités ».

Nous ne pouvons donc admettre l'opinion contraire de M. Panchaud⁷.

Comme le dit M. François Clerc⁸, « un témoin du sexe féminin pourra se rajeunir impunément lorsque le juge lui demandera son âge, au début de l'interrogatoire, si la question de l'âge est sans rapport avec la déposition »⁹.

¹ Farcet : *Du faux témoignage*, p. 81.

² *Théorie du Code pénal*, p. 501, t. IV, Vme éd.

³ *Supra*, p. 56.

⁴ Art. 275.

⁵ Procès-verbal de la 2me commission d'experts, vol. VI, p. 126.

⁶ ATF 70, IV, 82 ; JdT 1944, IV, 89.

⁷ FJS 1012, No 37.

⁸ Cours élémentaire, vol. II, p. 257.

⁹ Dans le même sens, Calame, procès-verbal de la 2me Commission d'experts, vol. V, p. 288.

Au surplus, on ne voit pas pourquoi la plupart des lois de procédure obligent les témoins à décliner leur âge. Si le droit pénal les autorise à se rajeunir, un mensonge ne reste pas moins un acte répréhensible au point de vue moral, et il serait préférable de ne pas donner au témoin (surtout du sexe féminin) une occasion supplémentaire de ne pas dire la vérité.

Le droit fédéral, contrairement à la tradition, ne prévoit pas en termes exprès l'obligation pour les témoins de décliner leur âge. Ainsi l'article 84 PPF prescrit simplement au juge « d'établir tout ce qui concerne la personne du témoin » sans l'obliger à poser des questions aussi inutiles qu'indiscrètes. La loi fédérale sur la procédure civile passe la question sous silence, ce qui revient au même¹.

D'autre part, le législateur neuchâtelois a fait nettement la distinction entre les faits de la cause et les faits étrangers, lorsqu'il a prescrit que « le témoin est *d'abord* requis » de donner des renseignements d'ordre personnel, et qu'il « est *ensuite* exhorté... à dire la vérité... »².

Nous avons dit que si les questions d'identité n'exercent en général aucune influence sur le jugement de la cause, il peut y avoir des exceptions. En effet :

a) L'identité du témoin est parfois en rapport avec le degré de crédibilité de sa déposition. Si les lois actuelles n'interdisent plus, en général, le témoignage des proches parents³, les tribunaux ne l'accueillent cependant qu'avec réserve. Il n'est pas inconcevable qu'un témoin cherche à dissimuler ses relations de parenté avec une partie, pour que sa déposition ait plus de poids.

Le Tribunal criminel schwytois a jugé⁴ que la crédibilité du témoin est un « fait de la cause » et le Tribunal fédéral l'a confirmé⁵ pour le motif que la crédibilité peut avoir une influence sur le jugement (il s'agissait de savoir si le témoin était ou non un ami intime de l'accusé).

On peut se demander si ces arrêts sont bien conformes au

¹ Les art. 42 à 49 PCF relatifs au témoignage et notamment l'art. 45, concernant l'audition des témoins, ne prévoient rien à ce sujet. Le juge doit cependant, semble-t-il, établir l'identité du témoin, mais rien ne l'oblige à lui faire préciser son âge.

² Art. 233 et 234 CPC.

³ Supra, p. 18 et 35.

⁴ Arrêt du 14.7.1947, RSJ 1949, p. 237.

⁵ Arrêt du 16.4.1948, RSJ 1949, p. 239 (non publié par le « Recueil officiel » ni par le « Journal des Tribunaux »).

texte de la loi. Si les questions relatives aux relations entre un témoin et une partie ne concernent pas uniquement « la personne » du témoin, il n'en résulte pas encore qu'elles se rapportent « aux faits de la cause », malgré l'influence indirecte qu'elles peuvent exercer sur la décision du juge. A notre avis, les faits de la cause sont, en matière pénale, la réalité de l'infraction qui est reprochée à l'accusé, les circonstances dans lesquelles elle a été commise et aussi la situation personnelle de l'accusé (art. 63 CPS), mais non les relations de parenté ou d'amitié qui peuvent exister entre lui et un des témoins.

L'interprétation du Tribunal schwytois et du Tribunal fédéral paraît donc hardie, mais conforme à l'équité. Elle se fonde sur une conception très large des « faits de la cause », comme c'est le cas pour la revision (CPS 397).

b) Mais l'identité du témoin peut parfois être un « fait de la cause ». En cas d'attentat à la pudeur d'un enfant, il est nécessaire de savoir si la victime avait moins de 16 ou 18 ans. Supposons qu'elle n'ait pas porté plainte, ni personne en son nom; qu'elle soit entendue comme témoin; qu'elle désire ménager son séducteur et qu'elle cherche à se vieillir dans ce but. Ici l'âge du témoin est un fait de la cause et, dans notre hypothèse évidemment bien peu vraisemblable, il y aura faux témoignage.

§ 2. *Faits essentiels et faits accessoires.*

Parmi les faits de la cause, c'est-à-dire ceux qui se rapportent au procès à juger et non à la personne du témoin, doit-on distinguer l'essentiel de l'accessoire, et ne punir le faux témoignage que s'il porte sur des faits essentiels?

C'est ce qu'admettent les commentateurs du Code pénal français, suivis par la jurisprudence¹.

En Allemagne et en Autriche, au contraire, on ne fait aucune distinction; la répression du faux témoignage va donc plus loin². Cette conception se fonde en dernière analyse sur le fait que la loi allemande punit le faux serment, et non le faux témoignage pour lui-même. A l'appui de cette conception on peut aussi invoquer la difficulté de distinguer entre les faits essentiels et les faits accessoires³.

¹ Cf. Goyet : *Précis de droit pénal spécial*, p. 458.

² Cf. von Liszt : *Traité de droit pénal*, p. 455. Ufenast, op. cit., p. 40.

³ Cf. Hafter, op. cit., § 127, III, 2.

En Suisse, la deuxième Commission d'experts a discuté la question. M. Calame¹ avait proposé d'insérer dans notre article un paragraphe ainsi rédigé : « si la fausse déposition... ne visait que des faits accessoires, la peine sera l'emprisonnement jusqu'à six mois ». Il exposait ce qui suit :

« Le projet ne fait aucune différence entre eux et punit de la même peine aussi bien le faux témoignage portant sur des faits essentiels que celui qui se rapporte à des faits accessoires. Cette disposition est malheureuse et il serait désirable de la modifier... ». Il ajoutait que la distinction entre les faits importants et les faits accessoires ne présentait pas les difficultés qu'on pouvait imaginer. « Dans mon canton, où la distinction est faite par la loi², il n'y a aucune difficulté d'application. »

Cette proposition fut appuyée par M. Geel³, mais combattue par MM. Thormann et Kronauer⁴; elle fut finalement adoptée par la Commission d'experts.

Mais la Commission de rédaction⁵ (qui avait peut-être mal compris les explications de M. Calame) exprima cette idée sous une forme assez restrictive en allemand (« Tatsachen, die für die richterliche Entscheidung unerheblich sind »), et encore plus restrictive en français (« faits qui ne peuvent exercer aucune influence sur la décision du juge »). Ces formules ont passé dans la loi. Il aurait été préférable de s'en tenir au texte du Code neuchâtelois et de parler de faits « n'ayant pas une importance décisive dans la cause ». Nous pensons donc que pour interpréter sainement l'article 307, al. 3, CPS, il faut tenir compte du fait que le texte légal (et surtout le texte français) exprime assez mal l'intention de M. Calame. Ce qu'il a voulu en réalité, c'est distinguer les faits essentiels et les faits accessoires.

Telle n'est pas la tendance actuelle de la jurisprudence. Ainsi le Tribunal supérieur de Zurich déclare⁶ qu'« il n'est pas nécessaire, pour que l'infraction soit réalisée, que les allégations fausses soient expressément mentionnées ou tenues pour dignes de foi

¹ Procès-verbal, vol. V, p. 283, 288, 289.

² L'art. 166 du Code pénal neuchâtelois de 1891 prévoyait l'emprisonnement jusqu'à 6 mois lorsqu'il s'agissait de « faits accessoires n'ayant pas une importance décisive dans la cause ».

³ Procès-verbal de la 2me Commission d'experts, vol. V, p. 292.

⁴ Ibidem, p. 290.

⁵ Ibidem, vol. VI, p. 15.

⁶ Arrêt du 1er mai 1942, BJP 1943, p. 46. Dans le même sens, Vaud, TC, BJP 1948, p. 53; Tribunal de district d'Appenzell (Rh. Ext.); BJP 1943, p. 90.

par le juge, ou même qu'elles aient influencé directement sa décision »¹.

Le Tribunal fédéral est encore plus catégorique² : « Il ne s'agit pas de savoir si la déposition a effectivement influé sur le jugement, c'est-à-dire si sans cette déposition celui-ci eût été différent : la peine plus douce ne peut être prononcée que si d'emblée, de par son objet, la déclaration n'était nullement de nature à exercer une influence quelconque sur l'issue du procès ». Il va même jusqu'à affirmer que les textes allemand et italien doivent être interprétés dans le sens du texte français le plus strict.

Le tribunal a confirmé et même renforcé cette jurisprudence dans deux arrêts récents³. Selon le premier de ces arrêts, l'article 307, al. 3, n'est applicable qu'aux faits qui, *par leur nature*, ne pouvaient exercer aucune influence sur la décision du juge. Selon le second, un fait est important dès qu'il permet de conclure à un autre fait, rentrant dans le cadre du procès, ou même lorsqu'il vient simplement à l'appui d'autres indices.

Dans ces conditions, on ne voit plus très bien quels sont les cas dans lesquels l'article 307, al. 3, pourra être appliqué. Dans l'arrêt cité, le TF mentionne les « faits qui sont bien en relation avec la cause à juger mais qui, de leur nature, ne sauraient autoriser une conclusion juridique, par exemple des faits au sujet desquels le juge questionne pour entrer en contact avec le témoin et pour contrôler la valeur de ses observations (pour un accident d'automobile, la couleur de la voiture) ».

Tout cela est assez peu convaincant. Il sera très rare qu'un juge perde son temps à interroger un témoin sur des faits qui ne peuvent en aucun cas exercer une influence sur sa décision. Il en résulte que, dans la pratique, notre disposition ne sera appliquée que dans des cas tout à fait exceptionnels. Il est difficile de penser que ce résultat corresponde à l'intention du législateur qui, en général, s'est abstenu d'insérer dans le texte légal des dispositions sans portée pratique.

¹ Dans le même sens, arrêt du Tribunal militaire de cassation du 7.9.1943, ATMC, vol. IV, No 123, p. 267.

² Arrêt du 18 février 1944, ATF 70, IV, 82; JDT 1944, IV, 89, affaire Inu Obersteg.

³ Arrêts du 16.4.1948 (RSJ 1949, p. 239) et du 13.5.1949, ATF 75, IV, 65; JDT 1949, IV, 87.

Section II : Altération objective de la vérité

Un témoignage est faux lorsque les faits en question se sont passés en réalité autrement que ne le dit le témoin¹, ce qui peut se produire de trois manières. Le témoin peut déclarer exact un fait qui ne l'est pas ; il peut déclarer faux un fait exact ; enfin, il peut taire un fait exact.

La preuve du faux témoignage est souvent difficile mais, une fois que le juge a réussi à établir clairement, d'une part, quelle a été la déposition du témoin, d'autre part comment les faits se sont passés en réalité, rien n'est plus simple que de dire si le témoignage était objectivement faux ou non². Aucune difficulté ne surgira dans les deux premiers cas que nous avons énoncés, soit lorsqu'il a affirmé une chose inexacte ou nié une chose exacte. Il n'en est pas ainsi dans le troisième cas, celui de la réticence.

La plupart des auteurs assimilent sans hésitation la réticence au faux témoignage. Ainsi M. Hafter estimait que « le fait de se taire sciemment est assimilable au faux témoignage, lorsque les faits cachés par le témoin sont de nature à modifier notablement l'aspect de la cause »³.

Il faudra toutefois examiner avec soin si la réticence a eu lieu intentionnellement dans le but d'égarer la justice, ou si le témoin a tout simplement passé certains faits sous silence parce qu'on ne lui a pas posé de questions à leur sujet. Nous y reviendrons au chapitre suivant⁴.

Enfin, nous avons déjà vu⁵ qu'il ne faut pas confondre la réticence et le refus de témoigner, qui ne peut jamais constituer un faux témoignage.

Section III : Altération subjective de la vérité

Nous avons vu que l'élément objectif du délit de faux témoignage comprend une altération de la vérité. Mais il peut arriver

¹ Ufenast, op. cit., p. 50.

² Bien entendu, un témoignage objectivement faux n'est pas toujours punissable. Il faut encore étudier l'élément subjectif (voir ci-dessous, chapitre III, p. 72 sqq.).

³ Hafter, op. cit., § 127, III, ch. 2. Dans le même sens, F. Clerc : *Cours élémentaire*, vol. II, p. 256 ; Yung, dans *Droit et vérité*, p. 22 ; Goyet : op. cit., p. 456 ; Garraud, op. cit., p. 9.

⁴ Infra, p. 72.

⁵ Supra, p. 33.

que le témoin ait mal observé les faits qu'il relate, ou se les rappelle mal. Résolu à égarer la justice, il fait une déclaration qu'il croit fausse, mais qui, en fait, se trouve correspondre à la réalité. Sera-t-il punissable pour faux témoignage ?

On l'a soutenu¹ en disant que le témoin a violé son devoir essentiel, consistant à déposer au plus près de sa conscience. D'autres auteurs estiment² qu'il s'agit d'une tentative de faux témoignage. Par contre, MM. Franck³ et Hafter⁴ pensent que le témoignage subjectivement faux ne peut être puni, l'élément objectif du délit n'étant pas réalisé. Le témoin ayant dit la vérité, il ne peut être question de faux témoignage, et l'illusion dont il a été victime n'y change rien.

Cette solution, qui est celle de l'opinion dominante, nous paraît la bonne. Comme l'écrivait M. Ufenast⁵ : « Si nous ne pouvons évidemment pas exiger du témoin autre chose qu'une déposition faite au plus près de sa conscience, il n'en résulte pas que nous devons le punir dans tous les cas, lorsqu'il ne dépose pas au plus près de sa conscience. Il faudrait pour cela que le texte punisse celui qui dépose contre sa conscience. » Or toutes les lois, et le Code pénal suisse ne fait pas exception, visent le « faux témoignage », et le mot faux signifie nécessairement que le témoignage doit être objectivement inexact. Cet auteur ajoutait que si le faux témoignage subjectif est un acte moralement répréhensible, il n'est pas « faux » au sens de la loi pénale.

Quant à la thèse de M. von Liszt, qui considère le faux témoignage subjectif comme une tentative punissable, elle est inapplicable en droit suisse où la tentative consiste en un commencement d'exécution, qui n'est punissable que pour autant que l'acte consommé constituerait un délit. Il est évidemment impossible de considérer la vérité comme un commencement de mensonge. Pour la même raison on ne peut songer au délit manqué au sens de l'article 22, al. 1, CPS. Car celui qui a dit la vérité même sans le vouloir n'a pas déployé « l'activité coupable » prévue par cette disposition.

S'agit-il alors d'un délit impossible au sens de l'article 23 CPS qui prévoit le cas de « celui qui aura tenté de commettre un crime

¹ Binding et autres auteurs cités par Ufenast, op. cit., p. 53.

² Liszt : *Traité de droit pénal allemand*, t. II, p. 455 (traduit en français sur la 17^{me} éd.).

³ Cité par Ufenast, op. cit., p. 53.

⁴ *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, allg. Teil*, p. 213.

⁵ Op. cit., p. 53-54.

ou un délit par un moyen ou contre un objet de nature telle que la perpétration de cette infraction était absolument impossible » ? Telle était l'opinion de M. Ufenast¹, qui considérait d'ailleurs que le délit absolument impossible n'était pas punissable, tandis que le Code pénal suisse a adopté la solution contraire².

Nous pensons cependant que le fait de déguiser la vérité (ou ce que le témoin croit être la vérité) n'est pas un « moyen » de réaliser le faux témoignage, c'est le faux témoignage lui-même. Dès lors, l'article 23 ne peut être invoqué.

Il serait d'ailleurs contradictoire de condamner celui qui a dit la vérité, même par erreur, alors qu'on le laisserait tranquille s'il avait menti (parce qu'il serait de bonne foi) !

On aboutirait à la même solution en admettant qu'il s'agit d'un délit putatif (*Wahnverbrechen*), qui n'est pas punissable. Mais on désigne par ce terme « l'acte licite commis par un individu qui croyait commettre un délit parce qu'il se trompait sur le contenu de la loi pénale »³. Ce n'est évidemment pas le cas du témoin qui dit la vérité en croyant mentir ; son erreur ne porte nullement sur le contenu de la loi pénale, mais sur les faits de la cause.

Section IV : Degrés de réalisation

§ 1. *Délit consommé.*

1. Nous avons déjà vu⁴ que, très souvent, un témoin est appelé à déposer plusieurs fois sur les mêmes faits. En matière pénale, il est généralement entendu par le juge d'instruction d'abord, par le tribunal de jugement ensuite ; souvent même la police procède à un interrogatoire préliminaire. Il est inutile de revenir sur ces questions.

Mais il peut arriver qu'un témoin soit interrogé plusieurs fois, au même stade de la procédure et notamment pendant l'enquête par le juge d'instruction.

De même, le témoin peut, au cours du même interrogatoire, être amené à s'expliquer plusieurs fois sur les mêmes faits, et ses déclarations se compléteront et se modifieront les unes les autres.

¹ Op. cit., p. 54.

² Clerc : *Introduction*, p. 62.

³ Logoz, op. cit., p. 91. Dans le même sens, Hafter, op. cit., p. 213 et 214.

⁴ *Supra*, p. 45.

Il s'agit donc de savoir si la ou les dépositions constituent un bloc, qu'il faut examiner dans son ensemble pour savoir s'il y a faux témoignage, ou si chaque mensonge sorti de la bouche du témoin constitue un faux témoignage, bien qu'il ait été rectifié quelques minutes plus tard.

2. En France¹, « la doctrine et la jurisprudence s'accordent à penser que le témoin qui, après avoir fait une déposition mensongère, la rétracte avant la clôture des débats, ne peut être condamné pour faux témoignage »². On considère, en effet, que le préjudice causé à un particulier ou à la société est un élément essentiel du faux témoignage : en cas de rétractation au cours des débats, il ne peut y avoir de préjudice, ni par conséquent d'acte punissable.

3. En Suisse également, l'opinion dominante admet que « le faux témoignage est accompli avec *la clôture de la déposition* »³. Nous aurons d'ailleurs l'occasion d'examiner plusieurs arrêts qui, en recherchant à quel moment la déposition peut être considérée comme terminée, décident implicitement que le faux témoignage n'est consommé qu'à ce moment⁴.

M. Ufenast⁵ défend cette thèse par les arguments suivants : « une indication isolée fournie par le témoin représente quelque chose de tout à fait incomplet. Seul l'ensemble de ses indications, amenées par les questions de l'interrogateur, qui éclairent les points obscurs et écartent les contradictions, constituent le témoignage, un ensemble utilisable et dont le juge peut se servir comme moyen de preuves. Liszt a déjà montré que la thèse d'après laquelle le faux témoignage est consommé par la première déclaration fautive, est insoutenable. Elle disparaît de plus en plus de la doctrine et il n'est plus nécessaire désormais de la réfuter ».

De plus, cette opinion a inspiré le Tribunal fédéral dans l'affaire Guinand⁶. Rappelons les faits : Guinand avait été interrogé à trois reprises par le juge d'instruction, à intervalles assez éloignés.

¹ Il ne peut s'agir, bien entendu, que de la déposition faite devant le Tribunal de jugement, puisque le droit français ne considère pas les déclarations faites devant le juge d'instruction comme des témoignages. Voir Farcet, op. cit., p. 95.

² Farcet, op. cit., p. 98, et la jurisprudence citée par cet auteur, qui précise que l'opinion contraire « ne compte plus aujourd'hui de partisans ».

³ Ufenast, op. cit., p. 69, et les auteurs cités.

⁴ Infra, p. 68.

⁵ Op. cit., p. 69.

⁶ ATF 69.IV.211; JdT 1944.IV.48.

gnés, et avait fait chaque fois les mêmes fausses déclarations. Au cours d'un quatrième interrogatoire, il persista d'abord dans ses mensonges, puis confondu par la production de certaines pièces, il avoua la vérité. Condamné pour faux témoignage, il recourut en disant que ses diverses déclarations formaient un tout indivisible, et qu'on ne pouvait considérer que ce qui ressortait finalement du témoignage pris dans son ensemble, soit la vérité qu'il avait fini par dire. La Cour de cassation neuchâteloise, de même que le Tribunal fédéral, ont jugé que le faux témoignage est consommé dès que le témoin a fait *une* fausse déposition.

« Jusqu'alors, dit le Tribunal fédéral, le témoin a la faculté de modifier ses déclarations et ne saurait donc être recherché pour un mensonge qu'il aurait rétracté en cours d'audition. Mais une fois la déposition terminée, il n'est plus au pouvoir du témoin de l'annuler... Si le témoin fait par la suite une déclaration véridique, il s'agit d'une rectification au sens de l'article 308, qui laisse subsister le faux témoignage. »

Ainsi la distinction est claire :

1. Une rétractation intervenue dans *une déposition subséquente* (même si elle a lieu devant le même magistrat, soit le juge d'instruction) laisse subsister le faux témoignage.

2. En cas de rétractation *au cours de la même déposition*, il n'y a pas délit. Le témoin ne peut être recherché pour son mensonge. Peu importe d'ailleurs que la rétractation soit spontanée (ce qui sera rarement le cas) ou obtenue par la pression du juge, qui aura fait comprendre au témoin que ses déclarations sont peu vraisemblables ou même lui en aura démontré la fausseté (ce qui a eu lieu dans l'affaire Guinand).

Le Tribunal fédéral fait cependant une exception pour « le cas où la rectification aurait lieu au cours de la reprise d'un interrogatoire qui aurait simplement été suspendu le matin, la veille ou l'avant-veille, par exemple, en raison de l'heure tardive. En ce cas, les deux dépositions pourraient effectivement n'en former qu'une seule ».

Toutefois, certains auteurs ont soutenu la solution contraire. Ainsi pour M. F. Clerc¹, « il vaut mieux admettre que le crime est consommé dès que le témoin a dit un mensonge ; cela paraît plus conforme à l'esprit de la loi. S'il y a rétractation postérieure

¹ *Cours élémentaire*, vol. II, p. 260.

et spontanée, nous avons vu que l'on pouvait en tenir compte pour la fixation de la peine (art. 308) »¹.

Cet auteur invoque à l'appui de sa thèse les arguments suivants :

1. « Dans l'opinion contraire, le crime est consommé au moment où le témoin a signé le procès-verbal de sa déposition. Mais les témoins entendus oralement aux débats ne signent aucun procès-verbal. »

On peut répondre que, lorsque la déposition n'est pas couchée au procès-verbal, il existe d'autres moyens pour déterminer le moment où elle prend fin. La signature n'est retenue qu'à ce titre ; elle peut être remplacée par un autre critère. A la vérité, il sera parfois délicat de déterminer exactement ce moment, et on éviterait la difficulté en adoptant l'opinion de M. Clerc.

2. « On arriverait à des inégalités choquantes : tel juge, qui se douterait d'un faux témoignage, enregistrerait la déposition sans mot dire et, une fois le procès-verbal terminé, dénoncerait le crime. Tel autre magistrat amènerait, au cours de l'interrogatoire, le témoin à rectifier sa déposition et, au moment de la signature, celui-ci signerait des déclarations exactes. »

On peut toutefois se demander si, en inscrivant au procès-verbal une déclaration, et en la faisant signer, le juge met fin à la déposition, alors qu'il continue à interroger le témoin. Au surplus, et dans la pratique, les juges sont généralement plus soucieux d'établir la vérité et d'obtenir une rectification que d'obtenir une condamnation pour faux témoignage².

En résumé, chacune des deux thèses que nous venons d'exposer présente des avantages et des inconvénients. Celle qui considère le faux témoignage comme consommé dès qu'un mensonge a été émis est certes plus conforme à l'idéal de justice, puisqu'elle n'accorde pas l'impunité au témoin qui ne s'est rétracté qu'après avoir vu ses machinations percées à jour. Celle de l'indivisibilité du témoignage est guidée par des considérations d'ordre pratique : on veut faciliter les rétractations pour mieux arriver à établir la

¹ Dans le même sens, Suter, op. cit., p. 104. Cet auteur ajoute toutefois qu'une rétractation spontanée au cours de la déposition entraîne l'impunité du témoin.

² « Les magistrats, particulièrement ceux qui reçoivent des dépositions, s'abstiennent souvent de dénoncer pour pouvoir assurer l'impunité au témoin qui se rétracte, parce que la dénonciation est souvent superflue au point de vue de la recherche de la vérité. Il est d'une habile technique judiciaire, pour faciliter la recherche de la vérité, de favoriser les rétractations avec ou sans pression du juge. » Panchaud, FJS 1012, Nos 27 et 42.

vérité. Ce sera utile, surtout lorsqu'une déposition paraît simplement suspecte, sans que sa fausseté soit prouvée. Il est donc difficile d'adopter une thèse qui donne satisfaction dans tous les cas.

4. Si on admet que le faux témoignage est accompli avec la clôture de la déposition, il importe de déterminer avec exactitude le moment de la clôture. C'est évidemment la loi de procédure qui est déterminante¹, mais comme elle est généralement muette sur ce point, il appartient à la jurisprudence de se prononcer.

D'une façon générale, il est admis que la déposition est clôturée dès que le témoin a signé le procès-verbal, du moins dans le cas où cette formalité est prescrite. Tant qu'il n'a pas signé sa déposition, il peut donc toujours se rétracter et revenir à la vérité, sans encourir aucune peine². Certaines lois précisent même qu'après l'interrogatoire, le procès-verbal est lu au témoin, qui peut y faire apporter telle modification qu'il juge utile³.

Mais si les dépositions faites devant le juge d'instruction sont généralement transcrites au procès-verbal, il n'en est pas toujours de même de celles qui interviennent devant le tribunal de jugement, en matière pénale surtout. Plusieurs lois prévoient même expressément que les dépositions des témoins ne sont pas inscrites au procès-verbal, sauf précisément s'il y a des raisons de penser qu'elles sont fausses⁴.

Le Tribunal cantonal vaudois a jugé que « l'audition d'un témoin doit être considérée comme terminée lorsque le président l'a invité à se retirer et qu'un autre témoin lui a succédé. Si au contraire l'audition a été suspendue et que le témoin a été invité à rester à la disposition du Tribunal, sa déposition n'est pas terminée et il a la possibilité de se rétracter lors de sa nouvelle audition, le délit n'étant pas consommé »⁵.

Cette solution paraît en effet claire et précise. Deux condi-

¹ Tribunal fédéral, 3 décembre 1943, ATF 69.IV.216, Tribunal cantonal vaudois, 20 août 1947, BJP 1948, p. 54.

² Tribunal supérieur de Zurich, 6 novembre 1942, BJP 1945, p. 85; Cour de cassation pénale de Neuchâtel, Recueil des arrêts, vol. III, p. 259, confirmé par le TF (arrêt Guinand déjà cité); dans le même sens: Thormann et von Overbeck, op. cit., p. 440.

³ Neuchâtel, art. 150, al. 3, CPP; Vaud, art. 229 CPP; Genève, art. 124, al. 2, CPP.

⁴ Neuchâtel, art. 205 CPP; Vaud, art. 334, al. 2, CPP.

⁵ Arrêt du 20 août 1947, BJP 1948, p. 53, déjà cité; cf. Ufenast, op. cit., p. 70.

tions sont donc nécessaires pour que l'audition soit terminée : il faut que le témoin ait été invité à quitter la barre et qu'un autre témoin lui ait succédé. Peut-être pourrait-on modifier la seconde condition et exiger simplement que le témoin se soit effectivement retiré, ce qui permettrait d'appliquer la règle au cas où le témoin en cause est le dernier de la liste. A cette réserve près, le jugement vaudois nous paraît judicieux : l'avis donné au témoin qu'il peut se retirer constitue pour lui un dernier avertissement pour le cas où il n'aurait pas dit la vérité, il se rend compte que c'est pour lui le dernier moment de se rétracter avant que sa déposition ne prenne un caractère définitif.

Il résulte tout naturellement de ce qui précède que, si le témoin est interrogé à plusieurs reprises dans une enquête pénale, par exemple, à des dates différentes, chacune de ses dépositions peut et doit être considérée séparément puisque chacune d'elles a été close, soit par la signature du procès-verbal, soit éventuellement par l'invitation à se retirer.

§ 2. *Tentative.*

1. La question de la tentative est en relation étroite avec celle du moment où le délit est consommé. En effet, si on admet qu'il y a faux témoignage dès que le témoin a proféré un mensonge, il n'y a plus de place pour la tentative. La seule intention de faire un faux témoignage n'est pas un délit, si elle n'est pas réalisée par des actes. Même si le témoin a préparé à l'avance sa fausse déposition, pour la rendre vraisemblable et éviter des contradictions, il n'y aurait que des actes préparatoires et non un commencement d'exécution.

2. Si, au contraire, on admet que le faux témoignage n'est consommé qu'avec la clôture de la déposition, on pourrait considérer une fausse déclaration comme une tentative, même si elle est rectifiée ensuite.

Ce n'est cependant pas l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence, en France notamment : « Ou bien, dit-on¹, les débats sont encore ouverts, et alors le faux témoignage n'est pas même commencé, puisque la fausse déposition peut être modifiée, complétée, rétractée, et qu'au moment où le témoin la rétracte, elle s'évanouit et est supposée n'avoir jamais existé ; ou bien les débats

¹ Farcet, op. cit., p. 111; cf. également Gagnebé, op. cit., p. 58, et Donnedieu de Vabres, op. cit., p. 136, note 2.

sont clos, alors le faux témoignage est consommé et il ne peut plus être question de tentative ».

En Suisse, l'opinion dominante aboutit à la même solution. Le Tribunal supérieur de Zurich, il est vrai, a jugé¹ que « le délit n'est consommé que par la signature du procès-verbal d'audition. En cas de rétractation avant la signature, il y a tentative également punissable ».

Mais dans l'arrêt Guinand, que nous venons d'étudier², le Tribunal fédéral admet au contraire qu'un témoin « ne saurait être recherché pour un mensonge qu'il aurait rétracté en cours d'audition ». Cela signifie évidemment que le mensonge n'est pas punissable, *même à titre de tentative*. MM. Thormann et von Overbeck³ pensent également qu'un mensonge rétracté en cours d'audition ne constitue pas une tentative punissable (ces auteurs admettent cependant que la tentative est en principe punissable, mais n'en donnent pas d'exemple). C'est également l'opinion de M. Ufenast⁴.

Le droit vaudois connaît une disposition intéressante⁵ : « S'il y a des indices qu'un témoin... commette aux débats un faux témoignage, le président, d'office ou sur réquisition, attire son attention sur ces indices et lui représente les conséquences de son acte en l'engageant à y réfléchir. » C'est seulement à défaut de rétractation que la déposition est couchée au procès-verbal et communiquée au ministère public.

Or, cette disposition ne pourrait pas atteindre son but si le témoin s'exposait à être condamné, même pour simple tentative. Le témoin à qui cet avertissement est adressé doit penser qu'il est encore temps pour lui de revenir en arrière et de dire la vérité, sans s'exposer à des poursuites (auxquelles il échapperait peut-être, faute de preuves, s'il persistait dans son mensonge !). S'il était inquiété après avoir suivi les conseils du juge, il se croirait, non sans raison, victime d'une espèce d'abus de confiance.

On remarquera d'ailleurs que, dans le cas que nous venons d'étudier, il n'est pas possible d'appliquer l'article 21, al. 2, CPS, car la rétractation n'a rien de spontané.

Dès lors la règle qui autorise le témoin à se rétracter impunément, jusqu'à la fin de la déposition, ne trouve aucun appui

¹ Arrêt du 6 novembre 1942, BJP 1945, p. 85.

² Supra, p. 66.

³ Op. cit., note 8 ad art. 307.

⁴ Op. cit., p. 73.

⁵ Art. 334, al. 1, CPP.

dans le texte du CPS ; elle n'a qu'un caractère jurisprudentiel et s'inspire vraisemblablement de la doctrine française.

Elle est d'ailleurs logique. Si on veut favoriser les rétractations, il faut aller jusqu'au bout et accorder l'impunité au témoin qui se rétracte. Il ne suffirait pas de lui laisser espérer une simple réduction de peine, d'ailleurs facultative, en application des règles sur la tentative (art. 21, al. 1, CPS). Si au contraire on estime que le mensonge du témoin doit être puni, mieux vaut alors considérer le faux témoignage comme consommé dès qu'un mensonge a été émis.

3. Il est dès lors difficile de concevoir juridiquement une tentative de faux témoignage. On a cité le cas d'un témoin qui aurait commencé à mentir et s'évanouirait au milieu de sa déposition. Les auteurs français¹ pensent qu'il n'y a pas tentative, car le témoin *aurait pu* se rétracter, s'il n'en avait pas été empêché par une circonstance indépendante de sa volonté. M. Ufenast², au contraire, pense qu'il y a tentative. Nous pensons que, dans ce cas, il n'y a pas de témoignage valable, ni, par conséquent, de faux témoignage ou de tentative.

Rappelons une fois encore la jurisprudence zuricoise³ d'après laquelle il y a tentative, en cas de rétractation au cours de la déposition. Cette solution est conforme à l'article 21 CPS et à la définition de la tentative.

4. Quant à la tentative achevée ou délit manqué, elle n'est guère concevable non plus. Il y a délit manqué lorsque tous les actes d'exécution ont été achevés, sans que le résultat se soit produit. Or le résultat que cherche à atteindre le faux témoin, c'est d'induire la justice en erreur, et on pourrait, en principe, parler de délit manqué lorsque la justice ne s'est pas laissé égarer. Mais en droit suisse cette théorie ne peut être admise, car le fait d'induire la justice en erreur n'est qu'un mobile et non un élément constitutif du faux témoignage. Le délit est réalisé dès que le faux témoignage a été rendu, indépendamment de ses conséquences quant au jugement. Le « résultat » que la loi punit, c'est le fait de mentir en justice, et ce résultat est atteint dès que le témoignage est achevé. Il n'est donc pas possible de dissocier les actes d'exécution du résultat.

Le tribunal pourra et devra toutefois tenir compte du fait que la justice n'a pas été induite en erreur, dans le cadre de l'arti-

¹ Farcet, op. cit., p. 108, et les auteurs cités.

² Op. cit., p. 73.

³ Supra, p. 70.

cle 308, al. 1, CPS¹, éventuellement aussi lorsqu'il s'agira de fixer la mesure de la peine.

§ 3. *Délit impossible.*

Il y a délit impossible (article 23 CPS) lorsque l'auteur échoue dans son dessein parce qu'il a utilisé des moyens absolument impropres à obtenir le résultat cherché, ou parce que ce résultat était objectivement impossible à atteindre. Le délit impossible est-il concevable en matière de faux témoignage ?

Nous avons déjà examiné le cas du « faux témoignage subjectif »² et considéré qu'il n'y avait pas délit, même impossible, dans ce cas. D'autre part, comme nous l'avons noté à propos de la tentative, on ne peut, dans le cas du faux témoignage, dissocier l'acte du résultat, celui-ci étant atteint aussitôt que les actes d'exécution sont achevés. Dans ces conditions, nous ne voyons pas comment une fausse déposition peut manquer son but et nous sommes incapables d'imaginer un exemple de délit impossible en matière de faux témoignage.

CHAPITRE III

La faute

Il résulte de l'étude faite au chapitre précédent que l'élément objectif du faux témoignage consiste en une altération de la vérité. Mais elle ne suffit pas pour entraîner une répression pénale. Il peut arriver, en effet, que le témoin ait altéré la vérité inconsciemment ou involontairement, soit que ses facultés de discernement soient anormales, soit qu'il ait mal observé le fait qu'il relate, soit encore qu'il en ait conservé un souvenir inexact. En pareil cas, le témoin n'a commis aucune faute et ne peut être puni ; il était de bonne foi.

Au contraire, il s'exposerait aux rigueurs de la loi, s'il a altéré la vérité de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a eu conscience d'une divergence entre ses déclarations et les faits tels qu'ils se sont passés.

¹ *Infra*, p. 89.

² *Supra*, p. 62 sqq.

Mais entre l'intention dolosive et la bonne foi, il existe plusieurs états intermédiaires. Ainsi un témoin peut déposer sans être sûr de l'exactitude de ce qu'il avance : il n'y a pas dol puisqu'il n'a pas connaissance de la fausseté de sa déposition, mais l'intéressé n'est pas non plus de bonne foi puisqu'il n'est pas certain qu'elle était exacte. Pourrait-on le condamner pour faux témoignage commis par négligence ?

C'est à l'examen de ces divers problèmes que le présent chapitre est consacré.

Section I : Altération de la vérité de bonne foi

1. L'homme perçoit les éléments extérieurs au moyen de ses sens. Or ces sens sont imparfaits et ne lui permettent de recevoir qu'une image plus ou moins déformée de la réalité. C'est donc à travers un écran qu'il voit le monde, et cet écran sera rose, noir ou doré selon les cas. Sa connaissance des choses sera celle que sa physiologie lui permettra d'avoir. Il suffit de penser aux différentes manières dont différents peintres reproduiront le lac de Neuchâtel, vu le même jour à la même heure, du même point, pour comprendre qu'il y a bien des façons différentes de relater un événement quelconque, un accident d'automobile par exemple. Comme le dit Faustin Hélie¹ : « ce merveilleux instrument de vérité, comme toutes les choses humaines, a ses imperfections et ses débilités ».

De plus, on demande souvent au témoin, non pas de relater simplement des faits, mais de les apprécier. Et alors la réponse sera déterminée par le tempérament du témoin, par ses opinions préconçues, et pourra varier à l'infini sans qu'on puisse dire qu'elle est objectivement vraie ou fausse.

On voit donc qu'un témoin peut parfaitement altérer la vérité, en toute bonne foi².

2. Si le témoignage de l'homme normal présente nombre d'imperfections, il se produit des déformations bien plus grandes dans les cas nettement pathologiques. Pour certains malades, la déformation de la vérité est une nécessité inéluctable, ceux-là sont incapables de faire la distinction qui s'impose entre ce qu'ils ont réellement constaté et ce que leur imagination dérégulée a inventé.

L'exemple classique qui suffit à mettre en relief les dangers qui peuvent résulter de cette déformation pour l'administration

¹ *Traité d'instruction criminelle*, tome 4, p. 433.

² Cf. F. Clerc : *Cours élémentaire*, vol. II, p. 258.

de la justice, c'est le témoignage de l'enfant. Les études de psychologie infantile qui ont été faites ces dernières années montrent qu'il est très difficile à l'enfant de distinguer les objets du monde extérieur et les phénomènes internes, la perception et l'imagination. Et ceci est d'autant plus vrai que l'enfant est plus jeune.

D'autres raisons peuvent amener l'enfant à déformer la vérité : le sentiment de sa propre importance, la vantardise, l'esprit de jeu, la peur, ou encore l'instinct de liberté réprimé par une éducation trop sévère. L'exemple est classique de l'enfant qui, pour échapper à une punition, invente de toutes pièces une histoire d'enlèvement ou d'attentat à la pudeur.

Enfin la suggestibilité de l'enfant, son manque d'esprit critique, le conduiront à tenir pour vrai ce qu'on lui aura fait croire. Il arrive que les parents utilisent le témoignage d'un enfant à l'appui d'un chantage¹.

3. Quelle que soit la conséquence du faux témoignage, il n'est évidemment pas punissable s'il est fait de bonne foi, c'est-à-dire si le témoin est persuadé qu'il relate exactement les faits tels qu'il les a constatés. C'est l'application pure et simple du principe général qui domine le droit pénal suisse : pas de peine sans faute².

Section II : L'intention coupable

L'article 18 CPS statue que « sauf disposition contraire et » expresse de la loi, est seul punissable celui qui commet intentionnellement un crime ou un délit.

» Celui-là commet intentionnellement un crime ou un délit, » qui le commet avec conscience et volonté ».

Il s'agit donc d'un principe général, applicable à tous les crimes ou délits lorsqu'une exception n'est pas expressément prévue. Et comme les dispositions relatives au faux témoignage ne disent rien à ce sujet, la règle de l'article 18 sera applicable.

Comme le remarquait M. Hafter³, la culpabilité est une notion morale plutôt que juridique, la loi n'en donne pas de définition

¹ Sur le témoignage de l'enfant, voir François Gorphe : *La critique du témoignage*, p. 124 sqq; Marie Revon : *Les mensonges de l'enfant normal et pathologique, leurs conséquences judiciaires*; Dr Motet : *Le faux témoignage des enfants devant la justice*; Emile Fourquet : *Les faux témoins*, p. 85, et sur l'ensemble de la question, Dupré : *Pathologie de l'imagination et de l'émotivité*, p. 54.

² Clere, op. cit., *Introduction*, p. 69.

³ Op. cit., § 20, I.

générale ; elle se borne à mentionner certaines formes de la culpabilité, soit l'intention et la négligence.

L'intention coupable ou dol est le degré supérieur de la culpabilité. Elle suppose deux éléments (article 18, al. 2, CPS). Comme le dit M. Clerc¹, « le dol implique la fraude, la *volonté et la conscience* de provoquer un acte délictueux ».

De l'intention, il convient de distinguer le mobile, soit l'intérêt ou le sentiment qui détermine l'action². Il n'entre pas en considération pour la question de savoir s'il y a délit ou non, mais le juge doit en tenir compte pour fixer la peine³.

Section III : La négligence

« Celui-là commet un crime ou un délit par négligence, qui par une imprévoyance coupable, agit sans se rendre compte ou sans tenir compte des conséquences de son acte. L'imprévoyance est coupable, quand l'auteur de l'acte n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle. »⁴.

Il faut donc distinguer la négligence consciente et la négligence inconsciente. La négligence est inconsciente, lorsque l'auteur n'a pas prévu les résultats de son acte ; elle est consciente lorsqu'il s'est rendu compte des conséquences que son acte pouvait entraîner, mais a pensé qu'elles ne se produiraient pas⁵. Mais l'article 18, al. 3, réunit les deux hypothèses et les traite de manière identique.

La négligence ne dénote pas, chez l'auteur d'une infraction, la même perversité que l'intention coupable. Si la loi pénale la réprime dans certains cas, c'est plutôt à cause du danger qu'elle fait courir à la collectivité ou aux particuliers, comme dans le cas des accidents de la circulation. C'est pourquoi le législateur a prévu que les infractions commises par négligence ne seraient poursuivies que dans les cas spécialement prévus. Doivent-elles l'être en matière de faux témoignage ? La plupart des législations étrangères ne le prévoient pas⁶ et les avant-projets du CPS font de

¹ *Introduction*, p. 85.

² Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 75.

³ Art. 63 CPS.

⁴ Art. 18, al. 3, CPS.

⁵ F. Clerc : *Introduction*, p. 84.

⁶ Cf. Ufenast, *op. cit.*, p. 63.

même¹. Au cours des délibérations de la deuxième Commission d'experts², M. Hildebrand avait proposé d'introduire dans le livre deuxième, relatif aux contraventions, une disposition punissant des arrêts ou de l'amende le faux témoignage par négligence.

M. Muller appuya cette proposition par les arguments suivants :

1. « Il s'agit de fortifier la conscience du témoin et de l'engager à réfléchir sur l'importance de la déposition ». Le professeur Gautier répondit en invoquant « l'importance que nous attachons à la spontanéité des dépositions en justice... un témoin qui prépare sa déposition risque fort, en toute loyauté, de la colorer... ».

2. « Un témoin qui n'a pas dit la vérité se décidera plus aisément à se rétracter s'il sait que le faux témoignage est punissable. » En réalité, comme M. Zürcher le relevait, c'est le contraire qui est vrai. Le témoin sera plus disposé à se rétracter si aucune peine n'est prévue que s'il risque d'être encore condamné après avoir dit la vérité !

3. « Dans de nombreux cantons, la revision du procès civil n'est possible qu'après une condamnation au pénal pour faux témoignage. M. Zürcher, tout en conservant certains doutes, répondit qu'il sera possible en règle générale d'obtenir la revision d'un procès sans attendre une condamnation pour faux témoignage.

Quant à nous, l'argument tiré de la procédure de revision ne nous paraît pas pertinent. Tout d'abord, la tendance actuelle du droit de procédure civile est d'autoriser la revision chaque fois que des motifs sérieux permettent de penser qu'un jugement est entaché d'erreur³. Il est vrai que maintenant encore, beaucoup de lois cantonales sont plus strictes⁴ et prévoient expressément

¹ Avant-projet de 1894, art. 172; avant-projet de 1908, art. 216.

² Procès-verbal de la 2me Commission d'experts, vol. VII, p. 237 sqq.

³ Art. 137 OJF: « La demande de revision d'un arrêt du Tribunal fédéral est en outre recevable... lorsque le requérant a connaissance subséquentement de faits nouveaux importants, ou trouve des preuves concluantes qu'il n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente ». Cf. aussi Berne art. 368 CPC.

⁴ Ainsi, l'art. 403, ch. 3, CPC de Neuchâtel, permet d'obtenir la revision d'un jugement civil ensuite d'une condamnation pour faux témoignage. Mais le chiffre 4 du même article l'accorde aussi lorsque « le jugement a été obtenu par toute autre machination frauduleuse ».

On pourrait donc appliquer cette disposition lorsqu'une partie, pour gagner son procès, a exploité un faux témoignage par négligence ou même l'erreur

la condamnation du faux témoin. Mais appartient-il au Code pénal suisse de parer aux insuffisances des lois de procédure cantonales, ou aux législateurs cantonaux de reviser leurs codes déuets ?

4. Il n'est pas juste de laisser impuni le témoin qui fait une fausse déposition par négligence, tandis que le faux certificat médical par négligence est réprimé¹. M. Gautier répond que la situation n'est pas la même. Le témoin doit se fier à sa mémoire, tandis que le médecin à qui on demande un certificat peut et doit examiner la question à loisir. Nous nous demandons aussi s'il était vraiment nécessaire de punir le faux certificat médical par négligence.

M. Geel appuya la proposition Hildebrand, en invoquant le cas où la fausse déposition est la conséquence d'un interrogatoire mal conduit. M. Lang répondit avec pertinence que, dans cette éventualité, la faute incombe au juge et non au témoin².

M. Calame reconnaissait que dans son canton³, où le faux témoignage par négligence était réprimé, il ne se souvenait pas d'un seul cas de poursuite ; il croyait cependant que cette incrimination pouvait rendre service, notamment dans le cas du témoin « dont la déposition n'est pas intentionnellement fausse, mais qui ne fait pas l'effort qu'il faudrait pour rapporter les choses exactement... ».

Quant aux arguments des adversaires de cette incrimination, nous les avons déjà vus en partie. Ajoutons celui de M. Lang : il serait impossible de distinguer l'erreur excusable, la bonne foi, de la négligence. Cet argument nous paraît décisif : en effet, les recherches psychologiques auxquelles le juge doit se livrer deviendraient inextricables, si on introduisait entre l'erreur et l'intention coupable la notion intermédiaire de négligence. Nous pensons aussi que c'est la spontanéité du témoignage qui lui donne sa valeur.

Ainsi le Code pénal suisse, comme la plupart des lois étrangères, ne punit pas le faux témoignage par négligence, c'est-à-dire la déclaration inexacte inspirée par la légèreté, sans que son

excusable d'un témoin. La revision du jugement civil serait donc possible sans condamnation pour faux témoignage.

La loi genevoise (art. 319, al. 3 et 4 CPC) est conçue en termes à peu près identiques.

¹ Art. 285 bis du projet de la Commission de rédaction, art. 318, ch. 2 CPS.

² Cf. Ufenast, op. cit., p. 67.

³ Neuchâtel, art. 167 CP de 1891.

auteur ait conscience de mentir. Cette solution nous paraît la meilleure.

Section IV: Le dol éventuel

S'il paraît indiqué de laisser impunie la fausse déclaration en cas de négligence, il y a lieu, au contraire, de la réprimer lorsqu'il y a dol éventuel.

Cette notion, déclare le Tribunal fédéral¹, « suppose que l'auteur envisage comme possible le résultat délictueux et l'accepte pour le cas où il devrait effectivement se produire ». Tous les tribunaux se sont ralliés à la même définition².

Il s'agit donc d'une forme atténuée de l'intention coupable, qu'il est souvent difficile de distinguer de la négligence consciente³. Dans les deux cas, l'auteur a envisagé les conséquences possibles de son acte, et dans les deux cas, il a passé outre. Mais tandis qu'on parle de négligence consciente, lorsqu'il n'a pas voulu le résultat, lorsqu'il a admis, par légèreté, qu'il ne produirait pas, en revanche, on parle de dol éventuel lorsqu'il a accepté ce résultat pour le cas où il se produirait. La limite, on le voit, est difficile à trancher, et pose au juge des problèmes délicats.

Comment appliquer cette notion au faux témoignage ? Il y a dol lorsque le témoin dépose, consciemment et volontairement, sachant que ses dépositions ne correspondent pas à la réalité. Il y aura par contre dol éventuel, s'il n'est pas certain de l'exactitude de ce qu'il avance, se doute qu'elle peut être erronée, mais ne se laisse pas retenir par cette éventualité, et accepte la possibilité de faire une fausse déposition.

En droit suisse, où l'élément objectif du faux témoignage est constitué uniquement par la fausse déclaration, il sera difficile de trouver des exemples de dol éventuel. On peut cependant imaginer le cas suivant :

A. est accusé d'avoir commis un délit à Genève, le 15 septembre à midi. Il répond qu'il est innocent ; que ce jour-là il n'était pas à Genève, mais à Lugano où il a pris l'apéritif avec son ami B. B. sera donc cité comme témoin. Il se souvient très bien avoir vu

¹ ATF 69, IV, 75; JdT 1943, IV, 73.

² Valais, Tribunal cantonal, 25 mars 1943, BJP 1944, p. 34; Tribunal militaire de cassation, 28 décembre 1943, BJP 1944, p. 35; Berne, 20 mars 1945, BJP 1947, 16.

³ Cf. F. Clere : *Introduction*, p. 86; Germann : *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, p. 22 à 27 et 178.

A. à Lugano vers la mi-septembre, mais ne se rappelle plus la date exacte. Au lieu de faire part au juge de ses doutes, il donne une réponse aussi catégorique qu'affirmative.

Supposons qu'il ait agi par légèreté, sans penser qu'il risquait de dire un mensonge ou sans penser aux conséquences de ce mensonge, en d'autres termes que, conscient de cette éventualité, il se fût abstenu, on considérera qu'il a agi par négligence et il ne sera pas punissable.

Si, au contraire, il a nettement envisagé la possibilité d'un mensonge, s'il a accepté l'éventualité dans laquelle ses déclarations pourraient induire la justice en erreur, s'il s'est dit : « Si ma déclaration est exacte comme je le suppose, tant mieux ; mais si elle est fausse, tant pis, j'aurai du moins rendu service à mon ami », il y a alors dol éventuel et le témoin sera punissable¹.

On voit que, s'il est théoriquement justifié de distinguer entre les cas de négligence et de dol éventuel, de punir le second et non le premier, il sera extrêmement malaisé, en pratique, de savoir à quel cas on a affaire. Nous allons du reste revenir sur cette question.

Section V : Difficultés pratiques

Comme nous l'avons vu, le faux témoignage n'est puni que s'il y a dol, même éventuel. Il ne l'est pas en cas de négligence ni, évidemment, lorsque le témoin est de bonne foi.

Pratiquement, il sera souvent difficile au juge de faire cette distinction, qui relève de la psychologie et non plus du droit. Il est donc impossible d'étudier le faux témoignage sous le seul aspect juridique et la jurisprudence doit appeler le psychologue à son secours.

La psychologie est une science jeune, il est vrai, et qui n'a pas encore abouti à des résultats définitifs pouvant renouveler entièrement les principes juridiques traditionnels en la matière, mais la connaissance de ses principaux résultats donnera au juge « l'esprit de finesse » et lui permettra de démêler le vrai du faux. Il pourra ainsi arriver, dans une certaine mesure, à accomplir sa tâche en évitant de se laisser induire en erreur par des témoignages sans valeur d'une part, et sans punir d'autre part comme faux témoin celui qui n'a pas agi dolosivement.

Dans les cas qui présentent un caractère pathologique, l'avis

¹ En ce sens, Thormann et von Overbeek, op. cit., note 7 ad art. 307; Petrzilka : *Zürcher Erläuterungen zum Schw. Strafgesetzbuch*, vol. 2, p. 430.

du psychologue professionnel sera nécessaire. Aussi faut-il accueillir avec satisfaction l'arrêt du 21 mai 1942¹, par lequel la deuxième Chambre pénale de la Cour suprême du canton de Berne, sur la base de l'article 150 CPP, a commis un expert psychologique aux fins d'examiner dans quelle mesure le juge pouvait se fonder sur une déclaration :

« Un juge peut consulter un expert lorsqu'une partie ou un témoin, pendant le débat ou ailleurs, a une attitude telle que l'appréciation exacte de sa déclaration dépend de la question de savoir si son jugement correspond à celui d'une personne normale, ou si un examen scientifique de cette personne ne fournirait pas au juge des éléments lui permettant, seulement alors, d'évaluer le degré de créance qu'il peut accorder, au cours du procès, à cette personne. Le juge fait appel à une telle expertise dans les procès où les déclarations décisives d'enfants ou d'autres personnes sont visiblement entachées d'un problème psychologique, lorsque sa propre expérience psychologique, fondée avant tout sur la connaissance de l'homme normal, lui paraît insuffisante... Selon l'expérience des tribunaux, les expertises sont des moyens précieux qui viennent à l'aide du juge pour déterminer le degré de créance à accorder à une personne déterminée...»

L'expertise mentale des inculpés, et surtout des accusés, était depuis longtemps chose classique, et servait à déterminer leur degré de responsabilité. Elle est prescrite impérativement par l'article 13 CPS, chaque fois que le juge peut avoir des doutes².

L'initiative de la Cour suprême bernoise, qui étend cette pratique aux témoins (ici la demanderesse, partie civile) est tout à fait heureuse, et il est à souhaiter qu'elle se généralise. En pareil cas, le recours au médecin expert est d'ailleurs indispensable et il serait même désastreux que le juge veuille jouer au psychologue amateur. Sa tâche consiste à dire s'il y a lieu à expertise.

¹ ZBJV 1943, p. 316.

² ATF 72, IV, 59; JDT 1946, IV, 174.

DEUXIÈME PARTIE

La répression

CHAPITRE IV

La peine

Section I: En général

Le faux témoignage¹ est puni, en principe, de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement (article 307, al. 1, CPS).

Si le témoin a prêté serment ou promis solennellement de dire la vérité, le minimum de l'emprisonnement est porté à six mois (article 307, al. 2).

Si la fausse déclaration a trait à des faits qui ne peuvent exercer aucune influence sur la décision du juge, la peine sera l'emprisonnement pour six mois au plus (article 307, al. 3).

Ces peines sont relativement bénignes, surtout si on les compare à celles qui sont prévues par les codes de l'antiquité et par certaines lois étrangères². Il est pourtant bien certain que pour la conscience publique, en Suisse comme ailleurs, le faux témoignage est une infraction particulièrement odieuse et condamnable moralement.

Au surplus, une peine de cinq ans de réclusion paraît suffisante pour faire réfléchir un faux témoin éventuel et pour le

¹ Cf. Farcet : *Du faux témoignage*, p. 15 à 21.

² Ainsi le droit français (art. 361 à 364 du Code pénal de 1810) prévoyait, selon les cas, la réclusion (de 5 à 10 ans) ou les travaux forcés à temps (de 5 à 20 ans). Ces peines furent adoucies par la loi du 13 mai 1863 qui prévoit :

en matière criminelle, la réclusion;

en matière correctionnelle ou civile, l'emprisonnement de 2 à 5 ans et l'amende;

en matière de police, l'emprisonnement de 1 à 3 ans et l'amende.

La peine est plus élevée lorsque le faux témoin a reçu de l'argent, une récompense ou des promesses. Cf. Farcet, op. cit., p. 174 sqq.

retenir de commettre son crime. Elle sera généralement adéquate et proportionnée à la gravité de l'affaire. Ce n'est que dans des cas assez rares, par exemple lorsqu'il en est résulté la condamnation d'un innocent à une peine grave, qu'on pourrait peut-être désirer une répression plus sévère¹.

Section II: Circonstances aggravantes

§ 1. *Faux serment.*

Le droit suisse prévoit une circonstance aggravante spéciale au faux témoignage : Il s'agit du cas où le déclarant a prêté serment ou promis solennellement² de dire la vérité. Le minimum de l'emprisonnement, nous l'avons vu³, est alors de six mois (article 307, al. 2).

Des dispositions analogues se retrouvent dans la plupart des lois étrangères et des anciennes lois cantonales, sauf, bien entendu, le cas où le serment est une condition nécessaire du témoignage, comme en France. Elles figuraient aussi dans les premiers avant-projets du Code pénal suisse⁴. Mais elles disparurent ensuite : l'avant-projet de 1908 les ignorait (art. 219), de même que le projet de 1918 (art. 271). Dans la grande commission d'experts, personne n'en demanda le rétablissement. Ce furent les Chambres fédérales qui introduisirent dans la loi l'article 307, al. 2, actuel.

On peut différer d'avis sur l'opportunité de cette règle, que M. Ufenast⁵ soumet à une critique sévère, mais juste. Après avoir rappelé la tendance actuelle, qui est de supprimer le serment, cet auteur ajoute :⁶

« La question de savoir si une peine plus ou moins sévère doit être prononcée, dépend d'autres facteurs que de la forme extérieure dans laquelle le délit est commis. Un faux témoignage sans

¹ Infra, p. 86.

² La promesse solennelle se distingue du serment en ce qu'elle n'implique aucune invocation à la Divinité. La plupart des législations modernes (abstraction faite de celles qui ont aboli purement et simplement le serment) l'ont admise en faveur de ceux qui se refusent à prêter serment en invoquant leurs convictions religieuses ou anti-religieuses.

³ Supra, p. 83.

⁴ Avant-projet de 1894, art. 172, al. 1 in fine, par exemple.

⁵ Op. cit., p. 1 sqq.

⁶ Loc. cit., p. 8.

serment peut évidemment être beaucoup plus répréhensible qu'un faux serment. » Et plus loin :

« Dans les cas de faux serment, de fausse promesse solennelle et de faux témoignage sans serment, c'est la violation du devoir de dire la vérité qui est punissable. Ce qui s'y ajoute, soit la violation du serment, de la promesse, n'est qu'un accessoire, dépendant de la forme prescrite par le droit de procédure pour l'audition des témoins. »

Nous pouvons nous rallier entièrement à cet avis.

Il faut ajouter que notre disposition compromet fâcheusement l'unité du droit pénal suisse. En effet, beaucoup de cantons ont supprimé depuis longtemps le serment ou la promesse solennelle¹. Ailleurs, comme nous l'avons vu², le serment est une condition essentielle du témoignage, de sorte que tout témoin doit prêter serment³. Enfin, le serment et la promesse solennelle ont parfois un caractère facultatif et n'interviennent que sur décision spéciale du tribunal, prise d'office ou à la demande d'une partie⁴. Mais sous l'empire des lois qui font partie de ce dernier groupe, les tribunaux, en pratique, défèrent très rarement le serment ou la promesse, qui tendent ainsi à tomber en désuétude⁵.

Dès lors, l'article 307, al. 2, ne sera jamais appliqué dans le canton de Vaud, et presque jamais à Neuchâtel, tandis que, semble-t-il, il devrait l'être toujours lorsque le faux témoignage a été commis dans le canton de Genève. La chose nous a paru si étonnante, que nous nous sommes permis de demander les lumières du procureur général du canton de Genève. Celui-ci a bien voulu nous répondre :

« Il semble résulter de ce qui précède que toutes les condamnations prononcées à Genève auraient dû être de six mois au minimum. Si tel n'a pas été le cas, c'est que le juge a dû recourir à l'expédient des « circonstances atténuantes » de l'article 64 CPS, circonstances qui lui ont permis d'atténuer la peine. »

C'est avec beaucoup de raison que le procureur général parle d'un « expédient », car l'article 64 énumère limitativement les cir-

¹ Par exemple, Vaud, art. 220 sqq. CPP; PPF, art. 74 sqq.

² Supra, p. 17 et 18.

³ Par exemple, Genève, art. 222 CPC; art. 122, 294 CPP; Fribourg, art. 359 CPC de 1848; Valais, art. 144 CPP de 1848.

⁴ Par exemple, Neuchâtel, art. 234 à 236 CPC, 151 CPP; Fribourg, art. 21, ch. 4, CPP, art. 86 PPF.

⁵ Cf. Ufenast, op. cit., p. 3. Il en est ainsi dans le canton de Neuchâtel en particulier.

constances atténuantes dont le juge peut tenir compte, et il doit parfois être difficile d'en trouver une qui soit applicable.

Il est vrai que le canton de Genève est resté fidèle au système classique du jury¹, que les jurés n'ont pas à motiver leur verdict², ce qui permet d'esquiver la difficulté.

On peut d'ailleurs se demander si vraiment l'article 307, al. 2 est encore applicable lorsque le serment ou la promesse solennelle ne constituent pas des formes complémentaires, destinées à rendre le témoin spécialement attentif à ses devoirs, mais sont essentiels à la déposition. On ne peut retenir, comme circonstances aggravantes, un des éléments nécessaires du délit.

Dans tous les cas, nous pouvons nous déclarer entièrement d'accord avec M. le Procureur Général Cornu, lorsqu'il écrit, dans la lettre qu'il nous a adressée :

« Je pense personnellement que le 2^{me} alinéa de l'article 307 CPS est un exemple de l'intervention intempestive du législateur dans la fixation des peines. Alors que par ailleurs il donne au juge un grand pouvoir d'appréciation pour cette fixation, il tente, dans le cas particulier, de lier le juge par une disposition restrictive qui me semble fâcheuse. »

A notre avis, la disposition incriminée devrait être supprimée dès que faire se pourra.

§ 2. *Cas spéciaux.*

Certaines lois étrangères ou cantonales prévoyaient d'autres circonstances aggravantes, que le Code pénal suisse n'a pas retenues. Le juge pourra naturellement en tenir compte, dans la limite du maximum légal de la peine.

1. Ainsi le droit français prévoyait que si le faux témoignage avait entraîné la condamnation d'un innocent à une peine particulièrement sévère, le faux témoin qui a déposé contre lui subirait la même peine³. L'ancien droit neuchâtelois allait même plus loin, puisqu'il obligeait, dans certains cas, le juge à appliquer au faux témoin une peine plus forte qu'à sa victime⁴. En effet, il prévoyait la réclusion pour 5 à 10 ans, si le faux témoignage avait

¹ Art. 214 sqq., CPP.

² Art. 322 CPP.

³ Art. 361, al. 2, CP.

⁴ Art. 162 CP de 1891.

entraîné une condamnation à la réclusion et pour deux ans au moins en cas de condamnation à l'emprisonnement¹.

Il s'agit donc d'une survivance de la peine du talion, que les Romains, eux aussi, n'hésitaient pas à appliquer au faux témoin².

Les avant-projets du CPS contenaient des dispositions analogues³. Lors des délibérations de la deuxième Commission d'experts, M. Lang⁴ en demanda la suppression, mais sans succès. Ce furent les Chambres fédérales qui les biffèrent.

2. Dans le même ordre d'idées, le droit français⁵ punit plus sévèrement le faux témoignage en matière criminelle, soit contre l'accusé, soit en sa faveur, qu'en matière correctionnelle, de police ou civile. Le CPS n'a pas suivi cette voie.

3. Le droit français⁶ aggrave également la peine lorsque le faux témoin a reçu « de l'argent, une récompense quelconque ou des promesses ». Cette règle n'a pas été retenue en Suisse. En pareil cas, les dons et autres avantages que le faux témoin a reçus seront confisqués en application de l'article 59 CPS. En outre, l'article 50 al. 1 CPS permettra d'ajouter une amende à la peine privative de liberté.

§ 3. Circonstances aggravantes générales.

Nous avons vu quelles étaient les circonstances aggravantes spéciales au crime de faux témoignage. Il faudra évidemment tenir compte aussi, le cas échéant, des circonstances aggravantes *générales* visées aux articles 67 et 68.

Il n'y a pas lieu de faire des remarques particulières en ce qui concerne la *récidive* ou le *concours réel* d'infractions, c'est-à-dire le cas où l'accusé serait jugé en même temps pour faux témoignage et pour d'autres infractions commises à d'autres mo-

¹ L'ancien CP neuchâtelois fixait à une année le minimum de la réclusion et à 15 jours celui de l'emprisonnement.

² LID. Ad Legem Corneliam de Sicariis et veneficiis, XLVIII 8, cité par P. Farcet, op. cit., p. 23.

³ Art. 172, al. 2, avant-projet de 1894; art. 216, al. 2, avant-projet de 1908; art. 271, al. 2, projet de 1918.

⁴ Procès-verbal de la 2me Commission d'experts, vol. V, p. 283, 289.

⁵ Art. 361 et 362 CP.

⁶ Art. 364 CP, de même Neuchâtel art. 163 CP.

ments. Mais certains problèmes se posent en ce qui concerne le *concours idéal* d'infraction, c'est-à-dire le cas où un seul et même acte peut être qualifié de plusieurs façons. Il faut d'abord distinguer les cas de concours *improprement dit*, dans lesquels le concours n'est qu'apparent, l'une des incriminations visant sous tous ses aspects l'infraction commise¹. Nous pensons que tel serait le cas en particulier pour les incriminations suivantes :

1. *Calomnie* (article 174 CPS). On peut évidemment dire qu'un faux témoin à charge a « accusé une personne », cependant c'est précisément ce qui constitue son faux témoignage. Au surplus, si le législateur a renoncé intentionnellement à punir plus sévèrement le témoin à charge dans un procès pénal², il ne convient pas de revenir à cette règle par la voie détournée du concours d'infractions³.

2. *Entrave à l'action pénale* (article 305 CPS). Le but poursuivi par le faux témoin à décharge est bien de « soustraire une personne à une poursuite pénale », mais, de nouveau, c'est ce qui constitue le faux témoignage. L'opinion contraire de MM. Thormann et von Overbeck⁴ nous paraît donc critiquable, elle aboutirait d'ailleurs à ce résultat absurde de punir plus sévèrement celui qui essaie de faire acquitter un coupable que celui qui veut faire condamner un innocent, ce qui serait contraire à toutes les idées reçues.

Il pourrait par contre y avoir concours idéal d'infractions dans les cas suivants :

1. *Injures* (article 177 CPS). Car le faux témoignage consiste simplement à dire sciemment une chose fausse, tandis que l'injure consiste à la dire sous une forme blessante⁵.

2. *Dénonciation calomnieuse* (article 303 CPS). Il est bien certain que si une personne commence par dénoncer à la justice un innocent, puis témoigne contre lui dans le procès qui s'en est suivi, il y a deux délits distincts, commis à des moments diffé-

¹ Voir sur cette question, Logoz, op. cit., p. 271, note 4; Thormann et von Overbeck, op. cit., note 11 ad art. 68; Germann, op. cit., p. 86.

² Cf. supra, p. 86.

³ Ainsi jugé par le Tribunal supérieur de Zurich, arrêt du 2.9.1943, BJP 1944, No 118, p. 54.

⁴ Loc. cit., note 10 ad art. 307.

⁵ Cf. Hafter : *Schw. Strafrecht*, partie spéciale, § 127, III, 8.

rents, et par conséquent concours réel d'infractions¹. Mais nous pensons au cas où un témoin, dans sa déposition, ne se contente pas d'essayer de blanchir un coupable, mais profite encore de l'occasion pour faire tomber les soupçons sur un innocent, contre lequel il avait une rancune à assouvir.

Section III: Circonstances atténuantes

§ 1. Rétractation.

1. Les circonstances atténuantes au délit de faux témoignage peuvent être de nature objective ou subjective. Le premier cas est celui de l'article 307, al. 3, c'est-à-dire lorsque la fausse déclaration ne pouvait exercer aucune influence sur la décision du juge. Nous avons déjà étudié cette question² et n'y reviendrons pas.

2. Quant aux circonstances atténuantes subjectives, elles sont indiquées à l'article 308. Le premier alinéa de notre disposition prévoit le cas où le témoin « a rectifié sa fausse déclaration... de son propre mouvement et avant qu'il en soit résulté un préjudice pour les droits d'autrui ». Le juge peut atténuer librement la peine ou même exempter le délinquant de toute peine. Il s'agit donc de la rétractation.

La plupart des législations étrangères et des anciennes lois cantonales connaissaient des dispositions analogues³. Il en est de même de tous les avant-projets du Code pénal suisse⁴.

On peut considérer qu'il s'agit là d'une sorte de « prime » destinée à encourager le faux témoin à revenir sur ses affirmations. Il peut être saisi de remords devant les conséquences de son acte, ou plus simplement craindre d'être découvert un jour, et désire alors revenir en arrière, rétablir la vérité et empêcher le préjudice de se produire. Il y a lieu de l'encourager dans cette voie. La rétractation est donc une forme de repentir actif au sens de l'article 22, al. 2.

Toutefois l'article 308, al. 1, pose des conditions assez strictes. Il faut d'abord que la rétractation intervienne « avant qu'il en soit

¹ Cf. Hafter : *ibidem*.

² Cf. *supra*, p. 59 à 61.

³ CP neuchâtelois, art. 168.

⁴ Avant-projet de 1894, art. 172, al. 3; avant-projet de 1916, art. 276, al. 2; avant-projet de 1908, art. 216, al. 3; projet de 1918, art. 272.

résulté un préjudice pour les droits d'autrui ». Pour comprendre le sens de cette disposition, il importe de remonter aux travaux préparatoires. Les avant-projets, en effet, étaient rédigés en termes assez différents¹. Celui de 1894 statuait : « avant que ces fausses déclarations eussent servi de base à un jugement » ; celui de 1908 : « avant que le jugement ait été rendu ».

La deuxième Commission d'experts adopta cette disposition sans discussion², mais, dans le « Résultat des délibérations de la Commission d'experts »³, on trouve une formule bien différente : « avant qu'il en fut résulté un préjudice pour la situation juridique d'autrui », ou en allemand : « bevor... ein Rechtsnachteil für einen anderen entstanden ist ». C'est évidemment la Commission de rédaction qui a apporté cette modification au texte de l'avant-projet de 1908.

Pour comprendre cette manière de faire, il faut se reporter aux délibérations de la Commission relatives à la fausse déclaration d'une partie en justice. L'avant-projet de 1908⁴ prenait en considération la rétractation qui intervenait « avant que le jugement ait été rendu ». Mais M. Hafter⁵ critiqua cette formule, qui ne lui paraissait pas claire. Selon lui, une partie devait pouvoir se rétracter tant qu'un préjudice *irréparable* ne s'était pas produit, en d'autres termes, tant que le jugement n'était pas rendu en dernière instance. Il cita en exemple l'article 169 du projet allemand, qui exprimait la même idée par les mots : « bevor ein Rechtsnachteil für den anderen entstanden ist ». Le président de la Commission (le Conseiller fédéral Muller) proposa ensuite de renvoyer l'article 215 dans son ensemble à la Commission de rédaction, ce qui fut adopté⁶.

La Commission de rédaction remplaça, à l'article 215, la formule de l'avant-projet par celle que M. Hafter avait suggérée et, par la même occasion, l'introduisit aussi dans l'article 216, relatif au faux témoignage. A la session suivante, la Commission d'experts l'adopta sans nouvelle discussion⁷.

Le projet de 1918⁸ remplace « préjudice pour la situation juri-

¹ Cf. note 4, p. 89 ci-dessus.

² Procès-verbal de la 2^{me} Commission d'experts, vol. V, p. 282.

³ Ibidem, p. 463.

⁴ Art. 215.

⁵ Procès-verbal de la 2^{me} Commission d'experts, vol. V, p. 277.

⁶ Ibidem, p. 281.

⁷ Ibidem, vol. VI, p. 125 à 127.

⁸ Art. 272.

dique d'autrui » par « préjudice pour les droits d'autrui », tandis que le mot « Rechtsnachteil » subsiste dans le texte allemand. Cette rédaction a passé dans le texte de la loi.

Il résulte de cette discussion que, pour savoir quand il y a « préjudice pour les droits d'autrui », il faut se reporter à l'intervention de M. Hafter : il faut que le faux témoignage ait été suivi d'un jugement définitif, qui ne puisse plus être attaqué par les voies de recours ordinaires. Nous ne pouvons donc pas accepter l'opinion de MM. Thormann et von Overbeck¹, d'après laquelle l'ouverture d'une enquête pénale contre un innocent suffirait pour faire obstacle à l'application de l'article 308, al. 2, car elle n'a encore aucun caractère définitif.

Il faut donc dire qu'un simple préjudice de fait, aussi grave soit-il, ne peut être assimilé à un préjudice pour les droits d'autrui. Lorsqu'un faux témoignage a entraîné l'ouverture d'une enquête pénale contre un innocent, ou même son arrestation préventive, le préjudice moral ou matériel qui en résulte est considérable et il est juste que le coupable soit puni. Mais s'il se rétracte spontanément, il est également juste d'en tenir compte dans la fixation de la peine.

Cette considération nous amène à la deuxième condition posée par la loi. Il faut que le témoin se soit rétracté *spontanément*, « de son propre mouvement », dit la loi. Avant l'entrée en vigueur du CPS, certains cantons², sous l'influence de la jurisprudence allemande, considéraient la rétractation comme valable même si elle n'était intervenue qu'au moment où le témoin voyait ses mensonges découverts. Le Tribunal fédéral, au contraire³, a décidé justement que la rétractation n'est pas spontanée lorsqu'elle intervient après un interrogatoire au cours duquel le juge a fait constater au témoin, sur la base de certaines preuves découvertes dans l'intervalle, que ses déclarations précédentes étaient fausses.

« Sans doute, dit le Tribunal fédéral, la nature des mobiles qui poussent l'auteur à se rétracter n'importe pas, mais la rectification elle-même doit être spontanée. Or, en l'espèce, elle a été provoquée par le nouvel interrogatoire auquel Guinand a été soumis le 18 mars 1943. Au début de cet interrogatoire, le requérant a expressément confirmé ses déclarations antérieures, et ce n'est qu'après que le juge lui eut mis sous les yeux le dossier

¹ Note 4, ad art. 308.

² Voir Ufenast, op. cit., p. 92.

³ Arrêt Guinand (ATF 69, IV, 211).

retrouvé par la police, soit après que le juge lui eut fait constater son faux témoignage, qu'il a rectifié ses déclarations. »

D'un autre côté, MM. Thormann et von Overbeck¹ relèvent avec raison que les sages conseils d'un ami n'excluent pas le « propre mouvement ».

En d'autres termes, la rétractation reste possible tant que l'autorité n'a pas découvert, au su du témoin, la preuve du faux témoignage.

§ 2. *Risques de poursuites.*

L'article 308, al. 2, CPS permet au juge d'atténuer librement la peine si le témoin a fait une déclaration fausse « parce qu'en disant la vérité, il se serait exposé ou aurait exposé l'un de ses proches à une poursuite pénale ».

Il s'agit de nouveau d'une disposition classique, qu'on retrouve dans d'autres lois sous une forme analogue². Elle manquait dans le projet de 1894, mais figurait dans celui de 1908³.

Dans l'exposé des motifs⁴, M. Zürcher l'a commentée en ces termes : « Pour que le juge ait la faculté d'atténuer librement la peine, il faut d'une part qu'il ne s'agisse pas d'intérêts pécuniaires, mais d'intérêts fondamentaux du témoin ou d'un de ses proches. D'autre part, il ne faut pas que le sauvetage ait été opéré moyennant le sacrifice d'un tiers... ».

Le Tribunal fédéral a récemment précisé⁵ sur deux points la portée de l'article 308, al. 3, CPS :

1. Le témoin avait été interrogé sur les mêmes faits à deux reprises, dans deux procès différents. Ayant fait une fausse déposition la première fois, il avait pensé qu'il devait s'y tenir, car, en disant la vérité lors de son second interrogatoire, il aurait avoué implicitement qu'il avait menti auparavant. C'est donc la crainte d'une poursuite pour faux témoignage qui l'a amené à commettre à nouveau le même délit : l'article 308, al. 3, est applicable en ce qui concerne la seconde déposition.

2. En réalité cette crainte était vaine, car la première déposition était nulle pour vice de forme. Le Tribunal fédéral a cepen-

¹ Op. cit., note 3 ad art. 308.

² Par exemple : art. 165 CP neuchâtelois.

³ Art. 216, al. 4.

⁴ Vol. V, p. 392.

⁵ Arrêt du 13 mai 1949 ; ATF 75, IV, 65 ; JDT 1949, IV, 87.

dant admis l'application de l'article 308, al. 3, pour le cas où le témoin se serait cru exposé à des poursuites, conformément à l'article 19, al. 1, CPS¹.

Ainsi, il n'est pas nécessaire que le témoin ait effectivement risqué une poursuite pénale en disant la vérité ; il suffit qu'il l'ait cru.

M. Gautier défendit cette disposition devant la deuxième Commission d'experts², en la déclarant « amplement justifiée » du fait que le témoin peut, sans sa faute, se trouver « dans le cruel conflit que ce cas prévoit ». Mais M. Thormann³ en demanda la suppression, estimant que les circonstances atténuantes générales de la détresse profonde et du mobile honorable étaient suffisantes⁴. Il ajouta que le témoin a généralement le droit de refuser de répondre ; nous avons déjà vu⁵ que cet argument ne résout pas le problème.

La Commission d'experts supprima donc cette disposition, qui ne figure pas dans le projet de 1918, mais qui fut reprise par les Chambres fédérales.

Cependant, la disposition actuelle est plus étroite que celle de l'avant-projet de 1908, car elle ne vise que le cas où le témoin a craint de s'exposer ou d'exposer l'un de ses proches à une *poursuite pénale*, tandis que l'avant-projet disait : « si c'est pour se préserver ou pour préserver l'un de ses proches d'une peine ou du *déshonneur* ».

Pour ce dernier cas, on pourra revenir à l'idée de M. Thormann et atténuer la peine en vertu de l'article 66. Mais il ne conviendrait pas de le faire lorsque le témoin a simplement voulu protéger ses intérêts pécuniaires ou ceux d'un de ses proches⁶, sauf peut-être le cas où ces intérêts sont si considérables que la perte du procès entraînerait la ruine complète de l'intéressé ; il pourrait alors y avoir « détresse profonde ».

§ 3. Circonstances atténuantes générales.

Quant aux circonstances atténuantes générales prévues à l'ar-

¹ « Celui qui aura agi sous l'influence d'une appréciation erronée des faits sera jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable. »

² Procès-verbal de la 2^{me} Commission d'experts, vol. V, p. 287.

³ Ibidem, p. 289 et 290.

⁴ Art. 51 du projet, cf. art. 64 actuel.

⁵ Supra, p. 36.

⁶ Cf. Thormann et von Overbeck, op. cit., note 6 ad art. 308.

ticle 64, elles sont évidemment applicables en cas de faux témoignage. Nous avons déjà relevé les particularités qu'elles présentent dans ce cas¹ et il est inutile d'y revenir.

Section IV : Concours de circonstances aggravantes et atténuantes

Nous avons vu que si le témoin a prêté serment ou promis solennellement de dire la vérité, la peine sera la réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement pour six mois *au moins* (article 307, al. 1).

Mais, d'autre part, si la fausse déclaration a trait à des circonstances accessoires, la peine sera l'emprisonnement pour six mois *au plus* (article 307, al. 2).

Or, il peut très bien arriver qu'un témoin fasse une fausse déclaration, sous la foi du serment, sur des faits qui ne sont pas de nature à influencer la décision du juge. Comment concilier alors les deux dispositions que nous venons de citer ? Le juge pourrait s'en tirer en prononçant une peine de six mois exactement, il respectera ainsi la lettre du Code, mais non son esprit qui est contraire au système des peines fixes et qui, dans tous les cas, a voulu laisser au juge le droit de déterminer la mesure de la peine, en tenant compte de toutes circonstances de l'espèce².

« Faut-il considérer le parjure, se demande M. Clerc³, et infliger une peine de six mois au minimum, comme le prescrit l'article 307, al. 2, ou bien doit-on se contenter d'une peine inférieure à six mois d'emprisonnement en raison de la faible importance du témoignage, comme le permet l'article 307, al. 3 ? »

Avec l'auteur, nous pensons que « c'est la seconde solution qui sera admise par les tribunaux, non seulement en raison de l'adage *In dubio pro reo*, mais aussi parce que le respect du serment n'est plus aussi grand qu'autrefois ».

¹ Supra, p. 93.

² Art. 63 CPS; F. Clerc, op. cit., partie générale, p. 127 et 128.

³ Op. cit., partie spéciale, tome II, p. 260.

CHAPITRE V

La participation

Le plus souvent, le faux témoin n'a aucun intérêt personnel à l'issue du procès. S'il cherche néanmoins à égarer la justice, il le fera dans l'intérêt d'un tiers. Peut-être agira-t-il de son propre mouvement, mais, fréquemment, il sera poussé par celui qui y avait intérêt. Dès lors, ce dernier doit, en principe, être puni, lui aussi. De quelle façon ? C'est ce que nous allons chercher à établir.

Section I : La subornation

1. « La subornation, en général, disait Merlin¹, est la séduction par laquelle on engage quelqu'un à faire quelque chose contre son devoir, spécialement c'est la corruption qu'on exerce sur les témoins pour les déterminer à certifier ou à déposer quelque chose contre la vérité. »

Le droit français² consacre une disposition spéciale à la subornation de témoins, qu'elle punit des mêmes peines que le faux témoignage. Les cantons romands avaient suivi la même voie³.

2. Mais une difficulté a surgi : celle des rapports entre la subornation et la complicité en général⁴. « Le code pénal ne définissant pas la subornation de témoins, un doute peut s'élever sur son caractère juridique et une question se pose : Est-ce un crime ou un délit principal et indépendant ? Ou n'est-ce qu'un crime ou délit accessoire, un fait de complicité par provocation de faux témoignage ? »⁵.

¹ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Vo. Subornation, cité par Gagnebé, *Du faux témoignage*, p. 115.

² Art. 365 CP; cf. Donnedieu de Vabres, op. cit., p. 728.

³ Par exemple, Neuchâtel, art. 163, al. 2, CP; Cf. Ufenast, op. cit., p. 76.

⁴ Rappelons que le droit français ne connaît pas la notion d'instigation et la considère comme un cas particulier de complicité. Du reste, les complices sont punis de la même peine que l'auteur principal. Cf. Donnedieu de Vabres, op. cit., p. 254 et 258.

⁵ Gagnebé, op. cit., p. 116.

La jurisprudence, avec l'approbation de la majeure partie de la doctrine, adopte la deuxième solution et considère la subornation comme un mode spécial de complicité¹.

Les conséquences de cette solution sont importantes : L'article 60 du Code pénal français énumère limitativement les moyens de complicité par provocation : « dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables ». Dès lors, il ne pourrait y avoir subornation que si l'un de ces moyens a été utilisé.

D'autre part, et surtout, il n'y a complicité que si le délit principal a été commis². Si donc le faux témoin s'est rétracté en cours de déposition et si, par conséquent, le délit n'a pas été consommé, le suborneur échappe à toute poursuite.

3. La jurisprudence française apporte toutefois un assouplissement à la rigidité de ces principes : Elle voit dans la subornation un cas particulier de complicité, mais d'un caractère spécial, en ce sens qu'elle est punissable même si elle a eu recours à d'autres moyens que ceux indiqués à l'article 60 (dons, promesses, etc.)³. Il suffira donc que le suborneur ait exercé une pression quelconque sur le témoin pour l'amener à faire une déclaration mensongère.

Section II : L'instigation

1. D'autres législations ne contiennent, du moins dans leur partie spéciale, aucune disposition relative à la subornation de témoins. Est-ce à dire qu'elle n'est pas réprimée et qu'on la considère comme un acte anodin ? Evidemment non, car il y aura lieu tout simplement d'appliquer les règles générales de la complicité ou de l'instigation.

Cette solution était celle de plusieurs cantons avant l'entrée en vigueur du Code pénal suisse⁴, et on pouvait même constater une tendance assez générale à considérer simplement la subornation comme un cas particulier d'instigation.

2. Cette solution est également celle du Code pénal suisse. L'avant-projet de 1894 contenait, il est vrai, une disposition spé-

¹ Arrêts de la Cour de cassation des 9 septembre 1852 (Sirey, 53, I, 316), et 23 janvier 1891 (Dalloz, 91, I, 326) ; Cf. Goyet, op. cit., p. 462.

² Donnedieu de Vabres, op. cit., p. 251.

³ Goyet, op. cit., p. 462.

⁴ Cf. Ufenast, op. cit., p. 77.

ciale relative, non pas à la subornation de témoins, mais à la *tentative de subornation*¹.

Nous y reviendrons plus loin.

Quant à l'avant-projet de 1908, il ne contient aucune disposition spéciale sur la matière. A la deuxième Commission d'experts, le professeur Gautier² déclara : « D'après notre projet, la subornation sera punie comme instigation ou, quand le témoin n'aura pas en réalité fait une fausse déposition, comme tentative d'instigation. Nous n'avons donc pas besoin d'une disposition spéciale pour ce cas. » M. Zürcher s'était exprimé dans le même sens, sans que personne ne s'y oppose.

C'est la solution qu'a adoptée en définitive le Code pénal suisse. Cette conception est remarquable par sa simplicité.

Il y aura donc lieu d'appliquer l'article 24, al. 1, du Code pénal suisse : « Celui qui aura intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit encourra, si l'infraction a été commise, la peine applicable à l'auteur de cette infraction. » Telle est la jurisprudence constante, qui résulte implicitement des arrêts que nous allons maintenant examiner.

3. Quels sont donc les éléments constitutifs de l'instigation au faux témoignage ? On se référera aux commentaires relatifs à l'article 24 CPS³. Relevons les particularités suivantes :

1. L'instigateur doit avoir l'intention de décider autrui à commettre un crime ou un délit. S'il a agi par négligence ou de bonne foi, notamment s'il était lui-même dans l'erreur quant aux faits de la déposition, notre disposition ne lui sera pas applicable.

2. Il doit encore penser que la personne à qui il donne certains conseils est bien un témoin. S'il a cru qu'il s'agissait d'une partie au procès, il n'est pas punissable⁴, pas plus que l'avocat qui concerte un plan de défense avec son client.

3. Il faut encore, comme l'a décidé le Tribunal fédéral, que la personne à qui l'auteur (de l'instigation) s'adresse ne soit pas déjà décidée à commettre l'acte délictueux⁵. Autrement dit, l'instigateur doit avoir *fait naître* dans l'esprit du témoin l'idée du faux témoignage. Si ce n'est pas le cas, si l'intéressé n'a fait qu'en-

¹ Art. 173.

² Procès-verbal de la 2me Commission d'experts, vol. V, p. 296.

³ Cf. F. Clerc : *Introduction*, p. 67.

⁴ Cf. Ufenast, op. cit., p. 75.

⁵ Arrêt du 13 septembre 1946; ATF 72, IV, 97; JDT 1947, IV, 3.

courager le témoin dans une détermination déjà prise, il n'y a pas instigation¹.

4. Le témoin doit avoir effectivement commis le crime de faux témoignage. A défaut, il n'y a qu'une simple tentative d'instigation. Nous y reviendrons².

5. Il faut encore que l'acte provoqué par l'instigation constitue un crime ou un délit. Or, nous avons vu qu'il n'y a faux témoignage au sens du Code pénal que s'il a été commis intentionnellement, mais non si le témoin a agi par négligence, ou de bonne foi (par erreur)³. Il peut en effet arriver qu'un tiers induise en erreur un témoin, lequel fera donc une déposition fausse, mais sincère⁴. Dans ce cas, il y aura bien déformation matérielle de la vérité, mais non pas faux témoignage punissable, et dès lors, il n'y aura pas non plus instigation.

Cette conséquence, parfaitement logique, est manifestement peu satisfaisante. Il convient de remarquer que les avant-projets⁵ préoyaient les actes de cette sorte et en faisaient des infractions spéciales. Ces dispositions ont malheureusement été biffées par la deuxième Commission d'experts⁶ comme visant des actes trop rares pour mériter d'être retenus. M. Calame avait déclaré qu'on n'en connaissait pas d'exemple. Si bien que, dans l'état actuel des choses, ce cas reste impuni.

C'est ce que le Tribunal fédéral a décidé dans un arrêt récent⁷. Le sieur Harnisch avait été surpris en flagrant délit de braconnage de pêche, le 3 juillet 1944. Il fit accroire à sa belle-sœur, Dame Harnisch-Graf, et au forgeron Ruepp qu'ils l'avaient rencontré ce même jour dans une autre localité. Entendus comme témoins, ces derniers confirmèrent la chose. En réalité, c'était le 10 juillet qu'ils avaient vu Harnisch.

Etant de bonne foi, les deux témoins n'ont pas commis de faux témoignage⁸, et le Tribunal fédéral, d'accord avec la Cour cantonale, a décidé qu'il ne pouvait pas y avoir instigation à faux témoignage. Il n'y a pas non plus tentative d'instigation, pour la même raison.

¹ Arrêt cité p. 97, note 5.

² *Infra*, p. 100.

³ *Supra*, p. 73.

⁴ Zürcher : *Exposé des motifs de l'avant-projet de 1908*, p. 393.

⁵ Avant-projet de 1903, art. 208; de 1908, art. 217.

⁶ Procès-verbal, vol. V, p. 294 à 299.

⁷ 13 juillet 1945, ATF 71, IV, 132; JDT 1945, IV, 194.

⁸ *Supra*, p. 73.

Le Tribunal fédéral va plus loin encore, et contrairement à la Cour cantonale, refuse de punir Harnisch comme « auteur médiateur » du faux témoignage. Il estime, en effet, que l'auteur médiateur doit remplir *dans sa personne* les conditions légales. « Tel n'est pas le cas, en matière de faux témoignage, pour celui qui n'est pas lui-même témoin ».

Le Tribunal fédéral ajoute que l'opinion contraire « conduirait à ce résultat étrange qu'une partie au procès qui inciterait un témoin à faire une déposition inconsciemment fausse serait, au point de vue pénal, déclarée témoin dans sa propre cause ». Cette dernière considération est évidemment inapplicable lorsque le coupable n'est pas partie au procès, mais le premier argument reste valable même dans ce cas. On peut toutefois se demander ce qu'il en serait si un témoin suggérait à un *autre témoin* de faire inconsciemment une déposition fausse ? Il semble, mais le Tribunal fédéral ne le dit pas clairement, qu'il pourrait alors être considéré comme auteur médiateur.

Quelque regrettables que soient ces conséquences, cette décision est juridiquement inattaquable. Il est impossible, dans l'état actuel de la législation, de punir le prévenu qui incite un tiers à faire une fausse déclaration de bonne foi. Ce serait « aller à l'encontre de l'article premier de la loi »¹. C'est évidemment une lacune regrettable, mais le législateur seul pourrait la combler.

4. Si l'auteur médiateur doit remplir, dans sa personne, les conditions légales, il n'en est pas de même de l'instigateur proprement dit. Il a été jugé² que même une partie au procès (en l'espèce un accusé) peut être condamnée comme instigateur. Ce sera même le cas le plus fréquent, puisque ce sont les parties qui peuvent avoir intérêt à obtenir un faux témoignage³. Et l'instigateur ne pourra pas invoquer les circonstances atténuantes de l'article 308 al. 2. En effet, cette disposition a été adoptée pour tenir compte du dilemme dans lequel peut se trouver un témoin contraint de s'accuser lui-même ou de faire un faux témoignage⁴. Mais l'accusé qui incite autrui à faire un faux témoignage n'a pas cette excuse.

Peu importe d'ailleurs les moyens dont l'instigateur s'est servi pour arriver à ses fins, car l'article 24 CPS, contrairement à l'article 60 du Code français, ne distingue pas.

¹ Arrêt cité p. 89, note 7.

² ATF 73, IV, 242.

³ Cf. supra, p. 95.

⁴ Cf. supra, p. 92 et 93.

§ 3. *La tentative d'instigation.*

1. Certaines lois, le Code pénal français par exemple¹, ne punissent l'instigation ou la complicité que si l'auteur principal a exécuté ou du moins commencé d'exécuter son forfait. Dès lors celui qui tente de suborner un témoin sans y parvenir n'est pas punissable.

2. Au contraire, l'article 24, al. 2, du Code pénal suisse dispose ce qui suit :

« Celui qui aura tenté de décider une personne à commettre un crime encourra la peine prévue pour la tentative de cette infraction. »

Les avant-projets contenaient déjà des règles analogues. D'après celui de 1894, par exemple² : « Celui qui aura cherché à décider autrui à commettre un délit puni de la réclusion³, sera passible de la peine de la tentative. Toutefois le juge pourra atténuer librement la peine (article 37, fin) ». En outre, il connaissait une disposition spéciale relative à la tentative de subornation⁴ :

« Celui qui aura tenté de suborner un témoin pour en obtenir une déposition... contraire à la vérité, sera puni de l'emprisonnement pour 3 mois au moins ou de la réclusion jusqu'à 2 ans. »

L'exposé des motifs de Stooss⁵ justifie comme suit cet article : « Du moment où la tentative d'instigation à commettre un délit passible de réclusion est réprimé d'une façon générale, on peut se demander si une disposition spéciale est justifiée pour l'instigation à faux témoignage. Le projet résout affirmativement la question, car cette instigation est particulièrement répréhensible. »

Au premier abord, on se demande pourquoi une disposition spéciale est nécessaire, lorsque le cas est déjà prévu dans la partie générale. Mais Stooss a sans doute pensé que l'application de l'article 14 conduirait le juge à prononcer des condamnations insuffisantes, en effet la peine aurait été l'emprisonnement sans minimum spécialement déterminé, le minimum légal de la peine étant de 8 jours⁶.

¹ Art. 60; Cf. Donnedieu de Vabres, op. cit., p. 252.

² Art. 14, al. 2.

³ L'avant-projet de 1894 ne distinguait pas le crime du délit.

⁴ Art. 173.

⁵ P. 232.

⁶ Avant-projet de 1894, art. 37 et 19.

Quoi qu'il en soit, les avant-projets ultérieurs, ni le Code lui-même, ne contiennent plus de dispositions analogues à celles que nous venons d'étudier. Dès lors, la question est soumise uniquement à l'article 24, al. 2, que nous venons de citer. Le faux témoignage pouvant entraîner la réclusion, il s'agit d'ailleurs d'un crime¹ et notre disposition sera applicable². Cette solution nous paraît la bonne. Nous pensons que les règles générales sur l'instigation sont parfaitement suffisantes et qu'il était superflu de consacrer une disposition spéciale à la subornation de témoins. Une bonne loi pénale ne doit pas être encombrée par l'accumulation des incriminations.

En combinant les règles prévues aux articles 307, 24, al. 2, 21, al. 1, et 65 CPS, on voit que le juge pourra choisir entre la réclusion jusqu'à cinq ans, l'emprisonnement, les arrêts et l'amende. Ce cadre très large lui permettra de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce.

3. La doctrine³ distingue deux formes de la tentative d'instigation. Il se peut en effet que l'instigateur n'ait pas réussi à persuader sa victime de commettre le crime envisagé, soit de faire un faux témoignage (tentative proprement dite).

Il peut arriver aussi que l'intéressé se soit laissé convaincre, mais que pour une raison ou pour une autre il n'ait pas accompli le crime (instigation manquée). On peut supposer que le témoin n'ait finalement pas été appelé à déposer, le procès ayant été terminé dans l'intervalle par voie de transaction. Nous avons vu⁴ que lorsque le témoin se rétracte *au cours de sa déposition*, spontanément ou sur la pression du juge, il ne commet pas le délit de faux témoignage. Dans ce cas encore, il y aura tentative d'instigation au sens de l'article 24, al. 2.

4. Les tribunaux bernois avaient admis la tentative d'instigation au cas où le témoin était déterminé à l'avance à faire une fausse déposition, en considérant que les accusés avaient fait tout ce qui était en leur pouvoir pour produire le résultat. Le Tribunal fédéral⁵ a fort justement condamné cette théorie, car la tentative d'instigation « n'est évidemment possible que lorsque

¹ Art. 9, al. 2, CPS; cf. Logoz, op. cit., p. 101; Tribunal de cassation militaire, 25.9.1943; BJP 1944, p. 101.

² ATF 72, IV, 97; JDT 1943, IV, 3.

³ Thormann et von Overbeck, op. cit., p. 122 et 123; Logoz, op. cit., p. 100.

⁴ Supra, p. 66.

⁵ ATF 72, IV, 97; JDT 1947, IV, 3.

cette volonté (de commettre le délit) n'existe pas encore ». C'est l'évidence même. S'il n'y a tentative que lorsque le résultat cherché n'a pas été atteint, il faut encore que ce résultat ait été possible. Or, il n'est pas possible de décider celui qui l'est déjà.

5. Ces considérations nous amènent tout naturellement au cas du *délit impossible*, que le tribunal a examiné dans le même arrêt. Mais il ne l'a pas retenu non plus, car « il ne peut y avoir instigation impossible quant à l'objet au sens de l'article 23 CPS que si l'impossibilité se rapporte à l'objet du délit que l'on cherche à provoquer, mais non pas lorsque ce délit est possible, mais que la personne que l'on veut persuader est déjà décidée à le commettre »¹. Cette conclusion résulte du fait que l'instigation n'est qu'une variété de la complicité et non pas un délit *sui generis*.

CHAPITRE VI

Poursuite

1. Quoique fréquent, le faux témoignage est rarement poursuivi et cela pour plusieurs raisons. D'abord la preuve est généralement très difficile à apporter. Le magistrat qui reçoit une déposition dont il suspecte la sincérité, s'abstiendra le plus souvent de la dénoncer, pour ce motif déjà.

Il s'en abstiendra encore, parce qu'il désire avant tout obtenir la rétractation du témoin, précieuse pour la justice. Il y parviendra souvent grâce à divers avertissements ou menaces, mais il faut aussi qu'il puisse assurer l'impunité du témoin qui se rétracte².

Il convient enfin de noter que, si le faux témoignage occupe assez peu les tribunaux, c'est que la dénonciation du faux témoin est souvent superflue, notamment lorsque le juge ne s'est pas laissé induire en erreur.

2. Lorsque la poursuite a lieu cependant, elle se déroule conformément à la procédure ordinaire. Elle peut présenter quelques particularités qu'il est intéressant de relever. Certaines lois de procédure, en effet, ont prévu des mesures destinées à faciliter la preuve, à alléger et à accélérer les poursuites. Ces mesures sont en général les suivantes :

¹ ATF 72, IV, 97; JDT 1947, IV, 3.

² Panchaud : FJS 1012, Nos 16, 19, 27, 42.

1. La déposition sera couchée au procès-verbal, même si, en principe, la procédure était orale¹. Le Code de procédure pénale vaudois ajoute : « avec mention des circonstances qui la rendent suspecte ».

2. Le procès-verbal est transmis d'office à l'autorité de poursuite².

3. Le tribunal peut ordonner l'arrestation provisoire du témoin³.

Ces diverses mesures peuvent d'ailleurs être prises d'office ou sur réquisition des parties. En principe, il appartient au tribunal de dire s'il veut donner suite à cette réquisition ou non.

Mais en droit vaudois⁴ « les opérations prévues aux deux alinéas précédents (c'est-à-dire le procès-verbal et sa transmission au ministère public) ont également lieu si une partie déclare porter plainte séance tenante ». Il est d'ailleurs à peine besoin de rappeler que les articles 28 et suivants du Code pénal suisse ne sont pas applicables et que le faux témoignage se poursuit aussi d'office.

3. Quant à l'instance au fond, certaines lois de procédure permettent de la suspendre en cas de dénonciation pour faux témoignage⁵. Il s'agit d'ailleurs d'une faculté et non d'une obligation.

A la vérité, cette suspension sera assez rare⁶. Le tribunal, appréciant librement les preuves administrées et statuant selon son intime conviction, fera abstraction des dépositions qui lui paraissent suspectes et fera appel à d'autres moyens de preuves pour établir la vérité. Il n'est pas nécessaire, pour cela, d'attendre qu'une condamnation pour faux témoignage ait été prononcée.

4. Quant au for, les articles 307 à 309 ne contiennent aucune disposition spéciale. Il faudra donc s'en tenir aux règles générales

¹ Neuchâtel, art. 205 in fine CPP; Vaud, art. 334, al. 2, CPP; Genève, art. 297 CPP.

² Vaud, art. 334, al. 2, CPP; Genève, art. 305, al. 3, CPP; art. 239, al. 2, CPC.

³ Neuchâtel, art. 245 CPC; Vaud, art. 334, al. 5, CPP; Genève, art. 305, al. 1, CPP; art. 239, al. 2, CPC.

⁴ Vaud, art. 334, al. 3, CPP.

⁵ Vaud, art. 334, al. 4, CPC; Genève, art. 306 CPP.

⁶ Une circulaire au Tribunal supérieur (argovien) du 15.1.1943 recommande aux tribunaux de district de n'ordonner la suspension qu'à titre tout à fait exceptionnel; VJS 1942, p. 188.

des articles 346 à 351 CPS : L'autorité compétente sera en principe celle du lieu où *l'auteur a agi*, c'est-à-dire du lieu où il a été entendu. Quant au lieu où le résultat s'est produit ou devait se produire, il n'entre en ligne de compte que s'il est seul situé en Suisse¹, c'est-à-dire si le témoin a été entendu à l'étranger, comme on l'a vu dans un cas très particulier où des juges militaires suisses interrogèrent à travers la frontière des témoins français, lors de l'affaire Carnet.

Supposons qu'un témoin ait été entendu par voie rogatoire, par exemple par le juge de son domicile, mais à la requête d'un autre tribunal. Selon un ancien arrêt du Tribunal supérieur de Zurich², le faux témoin pouvait être poursuivi au lieu où il avait agi aussi bien qu'au lieu où le résultat s'était produit, c'est-à-dire au for du tribunal qui avait décerné la commission rogatoire. Mais, en matière intercantonale du moins, cette solution est incompatible avec l'article 346 CPS.

Elle s'impose au contraire, en vertu du même article, dans les relations internationales. C'est ainsi que le faux témoin, entendu à l'étranger sur commission rogatoire d'un tribunal suisse, pourrait être jugé au for de ce tribunal, si les conditions très particulières des articles 5 et 6 CPS se trouvaient réalisées (délits commis à l'étranger par un Suisse ou contre un Suisse).

5. Le Tribunal militaire de cassation³ a jugé qu'un civil, qui fait un faux témoignage devant un tribunal militaire, relève de la juridiction ordinaire. L'article 179 CPM, à la vérité, punit « celui qui, étant témoin... *dans un procès pénal militaire*, aura fait une déposition fausse sur les faits de la cause... ».

Mais il s'agit d'une disposition de droit matériel, qui ne crée pas la compétence des tribunaux militaires, au cas où cette compétence ne résulterait pas des dispositions générales de la loi⁴. Il en résulte, au contraire, que si une personne soumise, en principe, à la juridiction militaire, fait une fausse déposition devant un tribunal ordinaire, ce crime reste dans la compétence des tribunaux ordinaires⁵.

¹ Thormann et von Overbeck, op. cit., note 2 ad art. 346.

² Arrêt du 4.10.1927, Bl. Z.R., vol. 27, no 140, p. 274; RSJ, vol. 25, no 77, p. 100.

³ Arrêt du 19.8.1943; ATMC, vol. IV, no 119, p. 260.

⁴ Art. 2 à 4 CPM.

⁵ Art. 7 CPM.

CONCLUSIONS

L'étude à laquelle nous venons de nous livrer a soulevé des questions si diverses que notre marche a pris souvent un tour sinueux. Il nous paraît donc indiqué de réunir ici les conclusions auxquelles nous sommes arrivé sur les divers points examinés.

Partant de l'idée que le faux témoignage est une altération intentionnelle de la vérité, faite en justice sur les faits de la cause, par une personne ayant la qualité de témoin, nous avons été amené à préciser chacun des éléments qui constituent cette définition.

En ce qui concerne la notion de « justice », nous avons admis qu'elle s'étendait à tous les organes judiciaires réguliers ou extraordinaires, de droit commun ou institués par une législation spéciale, appelés à instruire ou à juger une affaire contentieuse en matière civile, pénale ou administrative. Nous avons vu qu'elle ne s'étendait pas à certains organes administratifs devant lesquels la procédure est trop peu développée et que la jurisprudence, en dépit de l'opinion contraire croissante de la doctrine, refusait d'y faire entrer la juridiction disciplinaire.

Le témoin est toute personne, autre qu'une des parties en cause, qui fournit à la justice des renseignements sur les faits du procès. Mais il est nécessaire, pour qu'elle revête cette qualité, que les formalités prévues par la loi de procédure pour l'audition des témoins aient été observées — lorsque cette loi les prescrit de façon impérative — et surtout que la personne en cause ait bien conscience d'agir en qualité de témoin. Il est nécessaire aussi qu'elle remplisse les conditions d'âge et de discernement que la loi pose à son sujet.

Ce n'est que si toutes ces conditions sont remplies qu'une altération de la vérité constitue un faux témoignage, ce crime résultant de la violation par le témoin de son obligation fondamentale : dire la vérité, obligation dont il ne peut en aucun cas être relevé, alors qu'il peut être dispensé de parler s'il se trouve dans un certain degré de parenté avec l'une des parties, s'il est

lié par un secret professionnel, s'il risque de se compromettre lui-même ou de compromettre un de ses proches.

Le faux témoignage lui-même consiste en une altération de la vérité : En aucun cas, un témoin qui dit la vérité ou ce qu'il croit sincèrement tel ne sera puni, même s'il s' imagine mentir. L'altération de la vérité d'ailleurs, pour être punissable, doit porter sur les faits de la cause, c'est-à-dire sur l'ensemble des circonstances qui présentent un intérêt, même accessoire, pour le jugement du litige. Un mensonge sur un fait étranger à la cause, sans rapport même lointain avec l'objet du procès, n'est pas punissable.

D'autre part, pour dire si le témoin a fait ou non une « fausse déclaration », il convient d'attendre que sa déposition soit terminée, et de se placer à ce moment-là pour apprécier. La déposition est réputée terminée au moment où les dispositions de procédure la considèrent comme telle, c'est-à-dire soit au moment de la signature du procès-verbal d'audition, soit lorsque le témoin se retire après y avoir été invité par le magistrat. Jusque là, il peut toujours modifier ses déclarations, et il ne se rend pas coupable de faux témoignage si, ayant fait une fausse déclaration, il se rétracte et dit la vérité avant la fin de son interrogatoire. Telle est du moins l'opinion la plus répandue, qui toutefois donne lieu à certaines critiques justifiées.

Mais l'altération de la vérité n'est qu'une des conditions du faux témoignage. Encore faut-il qu'elle soit faite de mauvaise foi, c'est-à-dire avec la conscience de la divergence qui existe entre la déclaration et la vérité. Celui qui fait une déclaration inexacte par suite d'une erreur d'observation ou de mémoire, ou par suite d'une déficience mentale, n'est pas un faux témoin. La distinction sera souvent difficile à établir, et nous avons vu qu'il serait bon qu'un expert puisse donner son avis à ce sujet. Si c'est par négligence que le faux témoignage a été commis, son auteur ne sera pas puni, à moins qu'il n'ait eu conscience de la possibilité d'une inexactitude de sa déclaration (dol éventuel).

La peine prévue pour le faux témoignage est, selon l'article 307, la réclusion pour cinq ans au maximum ou l'emprisonnement. La loi fixe le minimum de l'emprisonnement à six mois si le témoin a déposé sous serment. Elle prévoit d'autre part des atténuations de peine en cas de repentir actif et lorsque le faux témoignage a été inspiré par le désir du témoin de s'éviter ou d'éviter à un proche une poursuite pénale.

Le Code pénal suisse, à la différence d'autres législations, n'a pas fait un délit spécial de la subornation de témoins, qui est

considérée comme un cas d'instigation au faux témoignage et qui tombe sous le coup des dispositions générales sur la matière. Le faux témoignage étant un crime, la tentative d'instigation est également punie.

Tels sont les traits généraux que présente le faux témoignage en droit suisse. Malgré leur netteté certaine, la poursuite de ce crime se heurte à des obstacles sérieux : c'est d'abord la grande difficulté de rapporter la preuve d'une infraction dont l'existence dépend avant tout de circonstances psychologiques fort malaisées à établir et à apprécier, mais c'est surtout le souci qu'ont les autorités judiciaires de favoriser avant tout l'établissement de la vérité, par quoi elles sont amenées, pour encourager les témoins, à fermer les yeux sur les faux témoignages et leurs tentatives, d'ailleurs difficiles à prouver. C'est là une pratique que l'on ne saurait critiquer, car elle vise et aboutit en fin de compte au même résultat que l'on recherche en réprimant le faux témoignage : une saine administration de la justice.

ABRÉVIATIONS

ACF	=	Arrêté du Conseil fédéral.
AGV	=	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide.
ATF	=	Arrêts du Tribunal fédéral suisse.
ATMC	=	Arrêts du Tribunal militaire de cassation.
BJP	=	Bulletin de Jurisprudence pénale.
BIZR	=	Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
CICF	=	Code d'instruction criminelle français.
CO	=	Code des obligations.
CPC	=	Code de procédure civile.
CPM	=	Code pénal militaire.
CPP	=	Code de procédure pénale.
CPS	=	Code pénal suisse.
FF	=	Feuille fédérale.
FJS	=	Fiche juridique suisse.
JDT	=	Journal des Tribunaux (Lausanne).
OJF	=	Organisation judiciaire fédérale.
OJPPM	=	Organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée.
PCF	=	Procédure civile fédérale.
PPF	=	Procédure pénale fédérale.
RDS	=	Revue du droit suisse.
RPS	=	Revue pénale suisse.
RSJ	=	Revue suisse de jurisprudence (Zurich).
TC	=	Tribunal cantonal.
VJS	=	Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung.
ZBJV	=	Revue de la Société des juristes bernois.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

- BOITARD, Ed. — *Leçons de droit criminel*, Paris, 1867.
- BURCKHARDT W. — *Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung*, 3e éd., Berne, 1931.
- CHAUVEAU, Adolphe et HELIE, Faustin. — *Théorie du Code pénal*, Paris, 1872.
- CLERC, François. — *Introduction à l'étude du Code pénal suisse*, partie générale (cité : « Introduction »), Lausanne, 1942.
- *Cours élémentaire du Code pénal suisse*, partie spéciale, tome II (cité : « Cours élém. »), Lausanne, 1945.
- DONNEDIEU DE VABRES. — *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, 1947.
- GARRAUD, René. — *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, tome VI, Paris, 1935.
- *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome II, Paris, 1932.
- *Précis de droit criminel*, 15e éd., Paris, 1934.
- GERMANN, O. A. — *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zurich, 1942.
- GOYET, Francisque. — *Précis de droit pénal spécial*, 5e éd., Paris, 1945.
- GULDENER, Max. — *Das Schweizerische Zivilprozessrecht*, Zurich, 1947-1948.
- HAFTER, Ernest. — *Schweiz. Strafrecht*, besonderer Teil, 2. Hälfte, Berlin, 1943.
- *Lehrbuch des Schweiz. Strafrechts*, allg. Teil, 2e éd., Berne, 1946.
- HELIE, Faustin. — *Traité d'instruction criminelle*, Paris, 1872.
- von LISZT, Franz. — *Traité de droit pénal allemand*, traduit de l'allemand par Lobstein, Paris, 1911-1913.
- LOGOZ, Paul. — *Commentaire du Code pénal suisse*, partie générale, Neuchâtel, 1939.
- PETRZILKA, Werner. — *Zürcher Erläuterungen zum Schweiz. Strafgesetzbuch*, tome II, Winterthour, 1942.
- THORMANN, Ph. et von OVERBECK, A. — *Das schweiz. Strafgesetzbuch*, tome II, Zurich, 1941.
- Code pénal suisse*. Procès-verbal de la deuxième Commission d'experts, vol. V, VI, VII, Zurich, 1914 et 1915 (cité : « Procès-verbal deuxième Commission d'experts »).

II. Ouvrages et articles spéciaux

- BENTHAM, Jeremy. — *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823.
- BERNARD, Marie-Paul. — *Le faux témoignage est-il un délit d'audience ?* Paris, 1864.
- DUCROS, Jean. — *Du serment en droit pénal* (thèse), Montpellier, 1936.
- FARCET, Pierre. — *Du faux témoignage* (thèse), Poitiers, 1902.
- FRANCK, Louis. — *Le témoignage de la femme*, Bruxelles, 1896.
- FOURQUET, Emile. — *Les faux témoins*. Essais de psychologie criminelle. Châlon-sur-Saône, 1901.
- GAGNEBÉ, Georges. — *Du faux témoignage* (thèse), Paris, 1900.
- GORPHE, François. — *La critique du témoignage*, Paris, 1927.
— *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, 1947.
- GRAVEN, J. — *L'obligation de parler en justice*, dans *Droit et vérité* (publication de la Faculté de droit de l'Université de Genève), Genève, 1946.
- HEIM, Willy. — *Le secret médical dans le Code pénal suisse* (thèse), Lausanne, 1944.
- IMBODEN, Max. — *Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtssprechung in den Kantonen und im Bund*, dans la *Revue de droit suisse*, 1947, p. 1 a.
- de Kerdaniel, Edouard. — *Le témoignage, la psychologie du témoin*, Paris, 1936.
- KRAFT, Agénor. — *Le droit disciplinaire des professions indépendantes*, dans la *Revue pénale suisse* 1948, p. 245.
- Dr MOTET. — *Les faux témoignages des enfants devant la justice*, dans *Annales d'hygiène et de médecine légale*, Paris, 1887.
- Dr NAVILLE, F. — *Le secret médical*, dans *Droit et vérité* (publication de la Faculté de droit de l'Université de Genève), Genève, 1946.
- PANCHAUD, André. — *Faux témoignage* (*Fiches juridiques suisses*, No 1012), Genève, 1947.
- PERRIN, René. — *Le secret de fonction en droit fédéral suisse* (thèse), Neuchâtel, 1947.
— *Le secret des banques et l'obligation de renseigner les autorités*, dans la *Revue suisse de jurisprudence*, vol. 45, p. 145.
- PFENNINGER. — *Zeugnisverweigerungsrecht de propria turpitudine*, dans la *Revue pénale suisse*, 1926, p. 247.
- REVON, Marie. — *Les mensonges de l'enfant normal et pathologique. Leurs conséquences judiciaires* (thèse de médecine), Paris, 1920.
- STALDER, Fritz. — *Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht im bernischen Strafverfahren* (thèse), Berne, 1937.
- SUTER, Hans. — *Die Stellung des Zeugen im Bundesstrafprozess* (thèse), Berne, 1939.

- UFENAST, Walter. — *Das falsche Zeugnis in rechtsvergleichender Darstellung* (thèse), Zurich, 1927.
- YUNG, Walter. — *La vérité et le mensonge dans le droit privé*, dans *Droit et vérité* (publication de la Faculté de droit de l'Université de Genève), Genève, 1945.
- *Faussees déclarations d'une partie en justice*, dans la *Semaine judiciaire*, 1945, p. 489.
- ZWAHLEN, Henri. — *Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons*, dans la *Revue de droit suisse*, 1947, p. 95 a.

TABLE DES ARRÊTS CONSULTÉS

I. Jurisprudence du Tribunal fédéral

No	Date	Nom des parties	ATF	JDT
1	3. 12. 1943	Guinand c/P.G. Neuchâtel	69. IV. 211	1944. IV. 48
2	18. 2. 1944	Obersteg c/P.G. Lucerne	70. IV. 82	1944. IV. 89
3	23. 2. 1945	P.G. Argovie c/Imhof	71. IV. 43	1945. IV. 123
4	13. 7. 1945	Harnisch c/P.G. Soleure	71. IV. 132	1945. IV. 194
5	21. 6. 1946	Schmid c/Préfecture Lucerne	72. IV. 59	1946. IV. 174
6	13. 9. 1946	Dubi c/P.G. Berne	72. IV. 97	1947. IV. 3
7	7. 3. 1946	P.G. Bâle-Ville c/Schmidlin	73. IV. 75	1947. IV. 66
8	17. 10. 1947	Gass c/P.G. Bâle-Ville	73. IV. 242	1948. IV. 24
9	13. 5. 1949	Stierli c/M.P. Argovie	75. IV. 65	1949. IV. 87

II. Jurisprudence du Tribunal militaire de cassation

No	Date	ATMC	BJP
1	12. 2. 1942	IV, No 39, p. 78	1945. 114
2	18. 8. 1943	IV, No 119, p. 260	
3	7. 9. 1943	IV, No 121, p. 265	
4	14. 2. 1945		

III. Jurisprudence cantonale

No	Date	Autorités	BJP	Autres publications
1	9. 6. 1891	Neuchâtel, Cour de cass.		Recueil officiel, I 485
2	30. 10. 1895	Neuchâtel, Cour de cass.		Recueil officiel, II 86
3	4. 10. 1932	Vaud, Cour de cass.		JDT 1933 III 85
4	18. 10. 1932	Valais, Tribunal cantonal		Rapport du TC 1932 p. 53
5	1. 5. 1942	Zurich, Trib. supérieur	1943. 46	BLZR 1942, No 75, p. 186
6	21. 5. 1942	Berne, 2me chambre pénale		ZBJV 1943, p. 316, t. 79
7	28. 10. 1942	Appenzell (Rh. Ext.), Trib. sup.	1943. 46	BLZR 1943 No 36, p. 115
8	6. 11. 1942	Zurich, Trib. supérieur	1945. 85	ZBJV 79 p. 34
9	2. 12. 1942	Berne, circulaire des chambres pénales de la Cour suprême		VJS XLII p. 188
10	15. 1. 1943	Argovie, circulaire du Trib. supérieur	1943. 90	Rec. officiel III 247
11	4. 3. 1943	Appenzell (Rh. Ext.), Trib. Mittelland		BLZR 1944 No 78, p. 151
12	13. 10. 1943	Neuchâtel, Cour de cass.	1946. 33	BLZR 1944 No 207, p. 273
13	29. 7. 1944	Zurich, Trib. supérieur	1945. 85	
14	23. 11. 1944	Zurich, Trib. supérieur	1946. 23	
15	23. 12. 1944	Argovie, Trib. criminel	1949. 24	BLZR 1946 No 103, p. 176
16	9. 7. 1946	Zurich, Trib. supérieur	1948. 52	
17	11. 3. 1947	Vaud, Cour de cass.	1948. 55	Rapport du TC 1947, 55
18	4. 7. 1947	Valais, Trib. cantonal	1949. 24	AGV 1947, No 12, p. 63; RSJ 43 No 189, p. 366
19	9. 7. 1947	Argovie, Tribunal criminel	1948. 53	RSJ 1949, p. 237
20	20. 8. 1947	Vaud, Trib. cantonal	1949. 24	Rapport du TC 1947, 111
21	14. 9. 1947	Schwyz, Tribunal criminel	1948. 53	RSJ 1948, 193, No 56
22	28. 11. 1947	Valais, Trib. cantonal		RSJ 1948, 194
23	9. 12. 1947	Vaud, Trib. cantonal		ZBJV 1948, p. 361
24	17. 2. 1948	Berne, Trib. supérieur	1948. 83	ZBJV 1948, p. 315
25	5. 6. 1948	Berne, Trib. supérieur		
26	21. 6. 1948	Berne, Trib. supérieur		

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	7
PREMIÈRE PARTIE : L'incrimination	
CHAPITRE I. Le témoignage en justice	15
Section I. Le témoin	15
§ 1. Capacité de discernement	15
§ 2. Assermentation	17
§ 3. Conscience de la qualité de témoin	19
§ 4. Parties au procès	26
Section II. Des obligations du témoin	29
§ 1. Obligation de parler	30
§ 2. Le témoignage facultatif	37
§ 3. Conséquence du mutisme	41
Section III. La Justice	42
§ 1. La Justice civile	42
§ 2. La Justice pénale	44
§ 3. La Juridiction administrative	47
§ 4. Affaires disciplinaires	52
CHAPITRE II. L'altération de la vérité	55
Section I. Les faits de la cause	56
§ 1. Faits étrangers à la cause	56
§ 2. Faits essentiels et faits accessoires	59
Section II. Altération objective de la vérité	62
Section III. Altération subjective de la vérité	62
Section IV. Degrés de réalisation	64
§ 1. Délit consommé	64
§ 2. Tentative	69
§ 3. Délit impossible	72
CHAPITRE III. La faute	72
Section I. Altération de la vérité de bonne foi	73
Section II. L'intention coupable	74
Section III. La négligence	75
Section IV. Le dol éventuel	78
Section V. Difficultés pratiques	79

DEUXIÈME PARTIE : La répression

CHAPITRE IV.	La peine	83
Section I.	En général	83
Section II.	Circonstances aggravantes	84
§ 1.	Faux serment	84
§ 2.	Cas spéciaux	86
§ 3.	Circonstances aggravantes générales	87
Section III.	Circonstances atténuantes	89
§ 1.	Rétractation	89
§ 2.	Risques de poursuites	92
§ 3.	Circonstances atténuantes générales	93
Section IV.	Concours de circonstances aggravantes et atténuantes	94
CHAPITRE V.	Participation	95
Section I.	La subornation	95
Section II.	L'instigation	96
Section III.	La tentative d'instigation	100
CHAPITRE VI.	Poursuites	102
Conclusions		105
Abréviations		109
Bibliographie		110
Table des arrêts consultés		113

